

Hacia la criminalidad climática: creación de una quinta categoría de crimen bajo el Estatuto de Roma para penalizar la agravación del cambio climático*

Towards climate criminality: the creation of a fifth category of crime under the Rome Statute to criminalize climate change aggravation

Ristead DE PAOR

Partner, International Environmental Disputes
Dentons Europe Abogados, S.L.U.
ristead.depaor@dentons.com

RECIBIDO EL 14 DE ENERO DE 2020 / ACEPTADO EL 7 DE FEBRERO DE 2020

Resumen: La cuestión del establecimiento de un delito ambiental internacional en el Estatuto de Roma (ER) de la Corte Penal Internacional ha tenido una larga historia, pero en última instancia infructuosa. Un denominador común en los crímenes propuestos hasta ahora, ya sea de ecocidio por parte de la Comisión de Derecho Internacional o Polly Higgins, o sus variantes, es su amplitud e imprecisión. Además de presentar dificultades legales, este ha sido un obstáculo insuperable para la aprobación de los Estados. Paralelamente, el clima del planeta se ha deteriorado hasta el punto de que el cambio climático se ha convertido en el problema ambiental y de derechos humanos más grave que enfrenta la humanidad. Existe una patente necesidad de combatir este fenómeno global a través del derecho penal internacional. Por lo tanto, este artículo propone un crimen, de agravación del cambio climático, estrecho y definido con precisión, como una nueva quinta categoría de crimen bajo el ER. Teniendo en cuenta el trabajo anterior sobre el crimen ambiental internacional en la ONU y las propuestas doctrinales, así como los acuerdos ambientales internacionales actuales, el nuevo crimen es una propuesta a medida con la mayor posibilidad de aprobación en el poco tiempo que nos queda para actuar.

Palabras clave: Estatuto de Roma; Corte Penal Internacional; quinta categoría de crimen; agravación del cambio climático; ecocidio; principio de «no perjudicar» en el contexto transfronterizo en derecho internacional consuetudinario; derecho humano a un medioambiente sano; artículo 325 del Código Penal español

Abstract: The question of the establishment of an international environmental crime in the Rome Statute of the International Criminal Court has had a long, but ultimately fruitless, history. A common denominator in the thus far proposed crimes – whether of ecocide by the International Law Commission or Polly Higgins, or variants thereof – is their broadness and imprecision. As well as posing legal difficulties, this has been an insuperable stumbling block for State approval. In parallel, the planet's climate has been deteriorating to the point that climate change has now become the gravest environmental and human rights issue facing humankind. There is a patent need to combat this global phenomenon through international criminal law. This article therefore proposes a narrow, precisely defined crime of climate change aggravation as a new fifth category of crime under the Rome Statute. Taking account of the past work on international environmental crime in the UN and doctrinal proposals, as well as current international environmental agreements, the new crime is a tailored proposal with the greatest chance of approval in the short time we have left to act.

Keywords: Rome Statute; International Criminal Court; fifth category of crime; aggravation of climate change; ecocide; «no harm» principle in the transboundary context in customary international law; human right to a healthy environment; article 325 of the Spanish Penal Code

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA JUSTIFICACIÓN DEL ENFOQUE PENAL EN GENERAL Y LA DEL ESTATUTO DE ROMA EN PARTICULAR. 2.1. La justificación del enfoque penal. 2.2 La justificación del enfoque del Estatuto de Roma. 3. LAS DIFICULTADES CON LAS FORMULACIONES DEL ECOCIDIO HASTA EL PRESENTE. 3.1 Análisis *mutatis mutandis* del artículo 26 y de la responsabilidad de las personas jurídicas en el contexto de la Conferencia de Roma. 3.2 Análisis *mutatis mutandis* de las formulaciones doctrinales. 4. LA NUEVA FORMULACIÓN DE LA QUINTA CATEGORÍA DE CRIMEN. 4.1 Análisis de la definición del crimen propuesto. 4.2 Bases jurídicas del crimen propuesto. 5. CONCLUSIÓN

* Todos los derechos reservados. Todas las páginas web de referencia han sido consultadas por última vez, salvo que se indique el contrario, el 15 de diciembre de 2019 y todas las traducciones del inglés o del francés al español son propias.

1. INTRODUCCIÓN

Desde la primera guerra conocida de la historia, entre las ciudades-estado sumerias de Lagash y Umma, hace 4.500 años, pasando por dos guerras mundiales, hasta la situación actual de Siria, la conflictividad inherente de los seres humanos nunca ha dejado de hacerse visible. Afortunadamente, de vez en cuando, tratamos de establecer acuerdos para evitar o controlar nuestros violentos excesos. El Estatuto de Roma (ER) de la Corte Penal Internacional (CPI) es un acuerdo internacional de este tipo, cuyo objeto es castigar a los autores de los crímenes más graves de transcendencia internacional que amenazan la paz, seguridad y el bienestar de la humanidad.¹ Actualmente, el ER abarca cuatro crímenes: genocidio, lesa humanidad, guerra y agresión² pero se prevé en el art. 121 ER que cualquier Estado Parte podrá proponer enmiendas, incluyendo, naturalmente, la consideración de más crímenes bajo la competencia de la CPI.

Como veremos, la lógica a favor de crear una quinta categoría de crimen relacionada con el cambio climático es vinculante por muchos motivos. Principalmente debido a que este fenómeno antropogénico pone en peligro cada uno de los tres bienes jurídicos, anteriormente mencionados, y protegidos por el ER. De hecho, y a raíz de diversos estudios de renombre, se conoce que un aumento de la temperatura conduce a un incremento de criminalidad, conflictos civiles y guerras³. El cambio climático también actúa como catalizador para crisis hídricas, fenómenos meteorológicos extremos, y migraciones involuntarias en gran escala⁴. La Organización Mundial de la Salud (OMS), a su vez, ha estimado que entre los años 2030 y 2050, el cambio climático causará aproximadamente 250.000 muertes adicionales por año, por malnutrición, pa-

¹ ER, Prámbulo y art. 1.

² ER, art. 5.

³ ABEL, G.J.; BROTTTRAGER, M.; CRESPO CUARESMA, J. y MUTTARAK, R., «Climate, conflict and forced migration», *Global Environmental Change*, vol. 54, 2019, pp. 239-249, <https://doi.org/10.1016/j.gloenvcha.2018.12.003>; RANSON, M., «Crime, weather, and climate change», *Journal of Environmental Economics and Management*, vol. 67, n° 3, 2014, pp. 274-302, <https://doi.org/10.1016/j.jeem.2013.11.008>; BURKE, M.B.; MIGUEL, E.; SATYANATH, S.; DYKEMA, J.A. y LOBELL, D.B., «Warming increases the risk of civil war in Africa», *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, vol. 106, n° 49, 2012, pp. 20670-20674, <https://doi.org/10.1073/pnas.0907998106>; HSIANG, S.; MENG, K. y CANE, M., «Civil conflicts are associated with the global climate», *Nature*, vol. 476, 2011, pp. 438-441; ABBOTT, C., *An Uncertain Future*, Law Enforcement, National Security and Climate Change, Oxford Research Group, 2008, pp. 6-9.

⁴ World Economic Forum, Global Risks Report (2018), Figuras II y III, Appendix A, p. 60.

ludismo, diarrea y estrés calórico⁵. Además, la contaminación del aire ocasiona entre 6 y 7 millones de muertes prematuras anuales (es decir, entre 13 y 15 veces el número de muertos prematuros debido al homicidio cada año⁶) y algunos gases de efecto invernadero (GEI) constituyen también contaminantes del aire como es el caso del carbono negro⁷. En efecto, la abogada ambiental escocesa, Polly Higgins, acertaba considerando que la tipificación internacional de delitos contra el medio ambiente se centra, en último término, en evitar la guerra debida a la escasez de recursos⁸.

Sin embargo, la única disposición de naturaleza ambiental en el ER actualmente es el art. 8.2 (b)(iv) que se aplica solamente en periodo de guerra y, aun así, la posibilidad de su aplicación es pequeña. Tipifica el lanzamiento de «un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea». Se ha cuestionado incluso si esta disposición, con el requisito exigente de intencionalidad y términos tan vagos⁹, hubiera podido aplicarse a la guerra del Golfo por falta de cumplimiento con el criterio de duración y de severidad de aquellos daños¹⁰. Lo cierto es que todavía no ha habido ninguna condena bajo este artículo¹¹ y es posible que nunca la haya¹².

⁵ OMS, «Cambio climático y salud», 1 de febrero de 2018, disponible en <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/cambio-climático-y-salud>.

⁶ United Nations Office on Drugs and Crime, Global Study on Homicide, Executive Summary, Vienna, 2019, p. 11, que constató que hubo 464,000 homicidios en 2017.

⁷ Programa de la ONU para el Medio Ambiente, Perspectivas del Medio Ambiente Mundial, GEO-6: Planeta sano, personas sanas, Nairobi, Resumen para responsables de políticas, 2019, Cambridge University Press, p. 10; Institute for Advanced Sustainability Studies (Potsdam), «Air Pollution and Climate Change», disponible en <https://www.iass-potsdam.de/en/output/dossiers/air-pollution-and-climate-change>.

⁸ HIGGINS, P., *Eradicating Ecocide*, Londres, 2ª ed., Shephard Walwyn, 2015, p. 69.

⁹ MERZ, P.; CABANES, V. y GAILLARD, E., «Ending Ecocide – the next necessary step in International law», Paper prepared for the 18th Congress of the International Association of Democratic Lawyers, 2014.

¹⁰ MISTURA, A., «Is There Space for Environmental Crimes Under International Criminal Law? The Impact of the Office of the Prosecutor Policy Paper on Case Selection and Prioritization on the Current Legal Framework», *Colum. J. Envtl. L.*, vol. 43.1, 2018, pp. 181-226, pp. 212-213, citando a HULME, K., *War torn environment. Interpreting the legal threshold*, Martinus Nijhoff Publishers, 2004, pp. 170-75.

¹¹ MEHTA, S. y MERZ, P., «Ecocide – a new crime against peace?», *Environmental Law Review*, vol. 17 n° 1, 2015, p. 4.

¹² TOMUSCHAT, C., «Crimes Against the Environment», *Environmental Policy and Law*, vol. 26, n° 6, 1996, p. 243, refiriendo a un artículo «emasculado».

Recurrir a los crímenes actuales como un medio para lograr la protección climática sería ciertamente inadecuado puesto que se requiere un requisito de intención de *mens rea* exigente («la intención de destruir total o específicamente a un grupo» en el caso del art. 6 sobre el genocidio) o una circunstancia fáctica, *actus reus*, concurrente que es extremadamente rara («un ataque generalizado o sistemático contra una población civil» en el caso del artículo 7 sobre el crimen de lesa humanidad; la guerra en el caso del artículo 8 sobre los delitos de guerra o «el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado» en el caso del artículo 8bis sobre la agresión). Frente a emisiones delictivas de GEI, sería una gran tarea conjuntar el *actus reus* y *mens rea* de estos crímenes además del aspecto ambiental¹³. Por tanto, se argumenta que se puede y se debe mirar más allá de estos cuatro crímenes.

Como era de esperar, ya ha habido constancia de un crimen internacional relacionado con daños ambientales en periodos de paz. Varios juristas han apoyado la creación de tal crimen¹⁴, incluso dentro del texto preliminar del ER –el Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad (Proyecto de Código) de la Comisión de Derecho Internacional (CDI)– o como quinta categoría de crimen en el ER actual¹⁵. También ha habido tentativas de definición, en particular en el art. 26 del Proyecto de Código. Ahora bien, todas ellas se han llevado a cabo en vano, principalmente por falta de una tipificación suficientemente precisa, en consonancia con el *Zeitgeist* jurídico-político contemporáneo¹⁶.

En los últimos años, somos testigos de una mayor concienciación ambiental, pero hemos aprendido que hay muy poco tiempo para actuar¹⁷. En oc-

¹³ Véase MISTURA, A., *op. cit.* nota 10, pp. 207-210 que, aunque opina que no se puede ir más allá que los crímenes actuales para penalizar los autores de danos ambientales, reconoce sus limitaciones significativas.

¹⁴ BERAT, L., «Defending the Right to a Healthy Environment: Toward a Crime of Geocide in International Law», *I I B.U. INT'L L.J.*, n° 327, 1993; GRAY, M.A., «The International Crime of Ecocide», *CAL. W. INT'L L.J.*, n° 26, 1996, pp. 215-271; NEYRET, L. (dir.), *Des écocrimmes à l'écocide*, Bruylant, 2015; SERRA PALAO, P., «Ecocidio: La Odisea de un Concepto con Aspiraciones Jurídicas», *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. X n° 2, 2019, pp. 1-45.

¹⁵ HIGGINS, P., *op. cit.* nota 8; MERZ, P.; CABANES, V. y GAILLARD, E., *op. cit.* nota 9, p. 15; GARCIA RUIZ, A., «Del Ecocidio y los procesos migratorios a la opacidad de la victimización ecológica», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, vol. 20 n° 11, 2018, p. 1.

¹⁶ Véase la Sección 3 más abajo y MISTURA, A., *op. cit.* nota 10, p. 183.

¹⁷ Véase SOUTH, N., *Ecocide, Conflict and Climate Change: Challenges for Criminology and the Research Agenda in the 21st Century, Eco-Crime and Justice. Essays on Environmental Crime*, Kristiina

tubre de 2018, ha venido sumarse al difícil telón de fondo climático del Acuerdo de París y del movimiento internacional liderado por Greta Thunberg el informe más actualizado del Panel Intergubernamental sobre Cambio Climático (IPCC) de la ONU. Ha confirmado el presupuesto limitado de carbono que nos queda¹⁸ y la necesidad de actuar de manera rápida y sin precedentes para evitar la probabilidad de que, si no actuamos ahora, la temperatura media global aumentará, entre los años 2030 y 2052, 1,5% por encima de la época preindustrial, creando un punto de inflexión en cuanto a nuestra capacidad de mitigar los efectos del calentamiento¹⁹. Entonces, potencialmente tenemos solamente una década para dar un vuelco a la situación.

Así que se propone un enfoque novedoso, una definición de un nuevo crimen en el ER que tiene en cuenta las lecciones de las tentativas pasadas, las propuestas y el *zeitgeist* político-jurídico actuales además de la urgencia climática: el crimen de agravación del cambio climático (ACC). La consideración de tal propuesta es aún más oportuna dado que, el 6 de diciembre de 2019, dos Estados Miembros del IPCC (Vanuatu y las Maldivas) solicitaron oficialmente, por primera vez en la historia, la adopción del delito de ecocidio, con una definición (sin establecerla) que abarca impactos del cambio climático, como quinto crimen internacional²⁰. Sin embargo, las formulaciones en la doctrina legal moderna de un delito ambiental internacional han ignorado la centralidad del cambio climático. Comparado con las definiciones propuestas hasta hoy, la tipificación propuesta es más estrecha; se presta menos a interpretaciones divergentes y no tiene un enfoque eco-céntrico que puede ser controvertido. Se sugiere que esta tipificación, por implicar menos dificultades jurídicas

Kangaspunta, Ineke Haen Marshall (eds.) Turin, Unicri, 2009, pp. 49-50, que habla del riesgo a «*green fatigue*» y un rechazo del público en relación con el cambio climático debido a la contradicción entre la gravedad del mensaje de un lado, y, del otro, la continuación de varias actividades que van en la dirección contraria. Este riesgo hace que sea más urgente la adopción de disposiciones fuertes como la propuesta en este artículo.

¹⁸ Véase WHITE, R. y KRAMER, R.C., «Critical Criminology and the Struggle Against Climate Change Ecocide», *Critical Criminology*, vol. 23, 2015, pp. 383-399, p. 395, DOI 10.1007/s10612-015-9292-5, citando a MARES, D., «Criminalizing ecological harm: Crimes against carrying capacity and the criminalization of eco-sinners», *Critical Criminology*, vol. 18, 2010, pp. 279-293. Sostiene que este presupuesto puede servir como ancla para un crimen dentro de los «conceptos gemelos de ecocidio y de equidad intergeneracional».

¹⁹ IPCC, Resumen para Legisladores en el Informe Especial sobre el Calentamiento Global, Sección B «Projected Climate Change, Potential Impacts and Associated Risks», 2018, pp. 6-14.

²⁰ KAMISKI, I., «Vulnerable Nations Call for Ecocide to Be Recognized As an International Crime», *Climate Liability News* [<https://perma.cc/V6W7-VMYH>].

y políticas, supera el argumento de que el marco actual del derecho penal internacional no permitiría una enmienda del ER para introducir el crimen de ecocidio²¹.

Al mismo tiempo, el crimen de ACC no minaría el nivel de protección ambiental porque el cambio climático debería entenderse como más que un mero «síntoma del ecocidio»²². Aunque el enfoque sobre las emisiones de GEI sea más específico que, por ejemplo, la formulación del ecocidio en el Proyecto de Código, abarca una gama muy amplia de actividades potencialmente dañosas por el ambiente. Esto se debe a la centralidad de las emisiones de GEI en los modelos modernos de producción y consumo que son, finalmente, los generadores principales que subyacen en la destrucción ambiental.

Es decir, según varios estudios detallados, hay capacidad limitada –al alcance de solo algunos de los países más desarrollados– para desacoplar el crecimiento económico (esencialmente impulsado por la producción y el consumo humano) del uso de recursos, de la contaminación y de la emisión de GEI²³. Las emisiones de GEI son una de las formas más graves de contaminación, ya que pueden causar también contaminación atmosférica y dan lugar al cambio climático que causa o agrava casi todos los demás problemas ambientales²⁴. La suerte de la tipificación propuesta también es que, al contrario de las tipificaciones del ecocidio (enfocadas sobre episodios de daños ambientales masivos y llamativas), influye también –a través del efecto de filtración de la tutela penal de la producción de GEI dentro de cada etapa de producción, y por ende e indirectamente, del consumo– sobre los daños ambientales diarios u «ordinarios» a nivel más «micro» de la sociedad, cuyo impacto colectivo sobre el

²¹ MISTURA, A., *op. cit.* nota 10, pp. 223-225.

²² HIGGINS, P., *The Earth is our Business – changing the rules of the game*, Shephard-Walwyn (Publishers) Ltd, 2012, p. 110 and 112

²³ GUAN, D. y REINER, D.M., «The drivers of Chinese CO2 emissions from 1980 to 2030», *Global Environmental Change*, vol. 18 n° 4, 2008, pp. 626-634, <https://doi.org/10.1016/j.gloenvcha.2008.08.001>; LIOBIKIENE, G. y DAGILIUTE, R., The relationship between economic and carbon footprint changes in EU: The achievements of the EU sustainable consumption and production policy implementation, *Environmental Science & Policy*, vol. 61, 2016, pp. 204-211, <https://doi.org/10.1016/j.envsci.2016.04.017>; PARRIQUE, T. *et al.*, «Decoupling debunked: Evidence and arguments against green growth as a sole strategy for sustainability», 2019, European Environmental Bureau.

²⁴ ONU, GEO-6, *op. cit.* nota 7, pp. 7, y 10: «El cambio climático es una cuestión prioritaria que afecta tanto a los sistemas humanos (incluida la salud humana) como a los sistemas naturales (el aire, la diversidad biológica, el agua dulce, los océanos y la tierra) y que altera las complejas interacciones entre esos sistemas (bien establecido)».

ambiente es sustancial²⁵. Por lo tanto, el crimen de ACC se dirige al corazón del problema ambiental más acuciante focalizándose en los GEI para atacar al cambio climático, considerado por ciertos expertos en derechos humanos como «el desafío más fundamental para la humanidad en el siglo XXI»²⁶. A la vista de lo anterior, las secciones siguientes justifican la respuesta penal (2), muestran la inadecuación de las definiciones propuestas hasta hoy (3) y presentan una nueva definición tan necesaria para frenar al daño ambiental ubicuo lo que es, sin duda, la tarea más urgente de la humanidad (4).

2. LA JUSTIFICACIÓN DEL ENFOQUE PENAL EN GENERAL Y LA DEL ESTATUTO DE ROMA EN PARTICULAR

2.1. *La justificación del enfoque penal*

Al nivel más básico, la penalización de la emisión de una cantidad no autorizada de GEI se justifica a dos niveles cubiertos por el crimen de ACC: en primer lugar, por la gravedad de las consecuencias a las que contribuyen la conducta que causa el exceso de emisiones, lo que justifica la calificación de la conducta como criminal (es decir, una ejecución directa); segundo, por el hecho de que varios otros tipos de conducta (de intervención indirecta), que permiten la emisión de los GEI ilícitos, ya constituyen crímenes por sí mismos –p.e., el fraude– y, dado la urgencia climática, el concurso de delitos es idóneo como factor disuasorio adicional.

Crucialmente, es posible identificar con mayor fluidez a las personas responsables para las emisiones de GEI, tanto físicas como jurídicas²⁷, y se han establecido con más precisión los otros crímenes que facilitan estas emisiones o el uso de los ingresos derivados de ellas. En ambos casos, se ha constatado la necesidad de una respuesta penal. Por ejemplo, la ONU estima que la vio-

²⁵ AGNEW, R., «The ordinary acts that contribute to ecocide. A criminological analysis», en SOUTH, N. y BRISMAN, A. (eds.), *Routledge International Handbook of Green Criminology*, New York, Routledge, 2013, pp. 58-72.

²⁶ ZIMMERER, J., «Climate change, environmental violence and genocide», *The International Journal of Human Rights*, vol. 18 n° 3, 2014, pp. 265-280, p. 265, <http://dx.doi.org/10.1080/13642987.2014.914701>.

²⁷ GRIFFIN, P., The Carbon Majors Database, «CDP Carbon Majors Report 2017», p. 8, que ha calculado que, desde 1988, 100 productores activos de combustibles fósiles están vinculados al 71% de las emisiones de GEI.

lación del derecho penal acarrea una porción significativa de las emisiones de GEI, citando un informe del Banco Mundial sobre la tala ilegal que puso de manifiesto que hasta el 90% de la tala en algunos países productores clave es ilegal. Los relatores del informe concluyeron que «[s]in el apoyo total del sistema de justicia penal, el enfoque de silo para abordar la tala ilegal fracasará»²⁸.

En cuanto a las intervenciones indirectas, un informe de Interpol de junio de 2013 mostró la presencia de criminalidad a todos los niveles del comercio de carbono, un eje indispensable en la lucha contra el cambio climático²⁹. Se determinó que el carácter embrionario del mercado a la par que la intangibilidad del propio carbono hace que el mercado de carbono sea muy vulnerable a una serie de crímenes potenciales y ya observados. Se concluyó que «la presión de la CMNUCC para una mejor regulación del comercio de créditos de carbono en los mercados financieros no solucionará necesariamente la actividad delictiva específicamente relacionada con el medio ambiente»³⁰.

Este énfasis sobre la importancia del apoyo del sistema penal reconoce la efectividad del recurso a ello. En efecto, ninguna otra respuesta jurídica tendría un efecto disuasorio tan grande –tanto en términos de privación de libertad como de daño irreparable a la reputación–³¹. Erigir un conducto como

²⁸ Véase GALLMETZER, R., «Prosecute Climate Crimes», disponible en UN Environment, Our Planet, Environmental Crime, marzo de 2017, pp. 26-27 y el Banco Mundial, «Justice for forests: improving criminal justice efforts to combat illegal logging», 2012. Los relatores de este último se comprobaron que «sofisticadas redes criminales llevan a cabo operaciones ilegales a gran escala, y las acciones de ejecución de la ley deben centrarse en los ‘autores intelectuales’ detrás de estas redes, y en los funcionarios corruptos de alto nivel que los habilitan y protegen», véase pp. vii y 39.

²⁹ Interpol (Environmental Crime Programme), Guide to Carbon Trading Crime, 2013, p. 25: «El informe ha presentado estudios mostrando que incluso las compañías, supuestamente independientes, de contabilidad de los gases de efecto invernadero, autoridades nacionales operando en jurisdicciones con una reglamentación deficiente, e individuos o compañías afirmando compensar emisiones en cambio de una inversión, tienen la capacidad de tomar atajos, falsificar información o recibir sobornos».

³⁰ A la vez que los crímenes típicos que suelen encontrarse en los mercados financieros –es decir, «delitos de cuello blanco como el fraude relativo a valores bursátiles y el tráfico de información privilegiada, la malversación, el blanqueo de dinero, las transferencia y precios manipulados y crímenes de internet»– el informe ha específicamente determinado que «[a]l comerciar en jurisdicciones internacionales, la capacidad de monitoreo a menudo se diluye, lo que hace que el reciclaje ilegal, el doble conteo y la venta de créditos de carbono no existentes o robados sean mucho más viables», dando un ejemplo de «reciclaje de créditos de carbono por la Hungría en el sistema de comercio de carbono BlueNext». Véase Interpol, *op. cit.* 29, p. 25.

³¹ SCHMIDT, T.M., *Crimes of Business in International Law, Concepts of Individual and Corporate Responsibility for the Rome Statute of the International Criminal Court*, Nomos/Hart, 2016, p. 374.

criminal tiene un impacto simbólico y valorativo inestimable que configura cómo la sociedad percibe la aceptabilidad del daño ambiental³². Además, los aseguradores no cubren riesgos relacionados con condenas³³. Según Higgins, la penalización de daños ambientales que superan cierto umbral podría también conducir a la creación de un deber de vigilancia³⁴.

Cabe destacar también que algunos de los actos que podrían estar cubiertos por el crimen ACC ya están tipificados como delitos a nivel nacional o internacional. A nivel nacional, cabe mencionar la criminalización bajo el *Clean Air Act* en EE.UU de la emisión de gases que agotan la capa de ozono que también son GEI; y la criminalización del ecocidio en Rusia, Vietnam y ocho antiguos Estados satélite de la antigua Unión Soviética³⁵. En los códigos penales de estos Estados, se define el ecocidio como una destrucción masiva de la flora y la fauna, incluso la contaminación de la atmósfera y de los recursos hídricos, con la capacidad de causar un desastre ecológico, y se castigará con la privación de libertad por un período de 10 a 20 años. Existe una superposición evidente entre la destrucción masiva de flora y las emisiones excesivas de GEI.

A nivel internacional, se puede citar la criminalización, bajo el Convenio sobre Comercio internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestres (CITES), de deforestación que involucra ciertas especies de árboles enumeradas en los Apéndices de esa Convención (aunque esta criminalización internacional puede calificarse más correctamente como delito transnacional porque la formulación precisa del delito y las sanciones se remiten a las legislaciones nacionales). Por lo tanto, se puede identificar raíces jurídicas, para la penalización propuesta, en los sistemas jurídicos tanto a nivel nacional como internacional.

Por último, el crimen de ACC establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas, una novedad en el ER que se justifica por muchas razones. Primero, porque es lógico que las compañías responsables de una gran parte de las emisiones deben rendir cuentas de su conducta delictiva³⁶. Segundo, porque la responsabilidad penal de las personas jurídicas es una tendencia que

³² SCHWEGLER, V., «The disposable nature: the case of ecocide and corporate accountability», *Amsterdam Law Forum*, vol. 9 n° 3, 2017, University of Amsterdam, p. 92.

³³ Centre for Climate Crime Analysis, «Prosecuting climate crimes as a matter of priority and general deterrence»: [<https://perma.cc/J2XP-MSJB>].

³⁴ HIGGINS, P., *op. cit.* nota 8, p. 70.

³⁵ En total, 10 Estados han establecido el crimen de ecocidio en su derecho penal. Los demás son Armenia, Belarus, Moldova, Georgia, Ucrania, Kazakhsan, Kyrgyzstan y Tajikistan, véase MEHTA y MERZ, *op. cit.* 11, p. 5.

³⁶ GRIFFIN, P., *op. cit.* nota 27.

está ganando impulso a través del mundo³⁷ y cada vez tiene más fácil encaje en las concepciones del crimen ambiental. A este respecto, la implicación de las compañías en la criminalidad ambiental está reflejada por comprensiones fehacientes del crimen ambiental internacional.

Así que la del PNUMA-INTERPOL, notando que no exista una definición definitiva de crimen ambiental a nivel internacional, incluye a las empresas como criminales potenciales, de la misma forma que algunos especialistas jurídicos³⁸. La Directiva 2008/99/CE, relativa a la protección del medio ambiente mediante el derecho penal, dispone, en su art. 6, que los Estados Miembros «se asegurarán de que las personas jurídicas pueden ser consideradas responsables por los delitos» sin excluir la responsabilidad de las personas físicas. Fuera de la Unión Europea otros países como Brasil y los Estados Unidos también prevén esta responsabilidad, presente entonces en las jurisdicciones civiles y en las de *common law*.

La tercera razón, tal y como se mencionó durante la Conferencia de Roma, es que esta responsabilidad proporcionaría un mejor acceso a recursos para pagar reparaciones; un mayor efecto disuasorio comparado con la responsabilidad individual de las personas físicas³⁹; y un efecto preventivo

³⁷ Véase POLAINO NAVARRETE, M. y POLAINO-ORTS, M., «Crimen internacional: cuestiones programáticas de dogmática penal en el Estatuto de Roma», en MAQUEDA ABREU, L., MARTÍN LORENZO, M., VENTURA PÜSCHEL, A., *Derecho Penal para un estado social y democrático de derecho, Estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieta*, Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 2016, pp. 297-321, p. 309, que se refieren al hecho de que la ausencia de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ER «se aparta de una tendencia que modernamente va ganando peso dogmático, conforme a la cual la persona jurídica también es sujeto activo idóneo de delitos».

³⁸ NELLEMAN, C. *et al.* (eds.), UNEP-Interpol, *The Rise of Environmental Crime: A Growing Threat to Natural Resources, Peace, Development and Security*, 2016, p. 7. Véase también las descripciones de CLIFFORD, M., *Environmental Crime: Enforcement, Policy and Social Responsibility*, vol. 26, 1998; y SITU, Y. y EMMONS, D., *Environmental Crime: The Criminal Justice System's Role in Protecting the Environment*, vol. 3, 2000.

³⁹ SCHMIDT, T.M., *op. cit.* nota 31, p. 371. CASASOLA GÓMEZ-AGUADO, A., *Estudios sobre la Corte Penal Internacional*, Dykinson, 2018, p. 98, ha comentado que «el deshonor aparejado a la condena por un crimen internacional se adheriría a la persona jurídica y aseguraría que esta fuera penalizada en sus operaciones». Véase Documento A/CONF.183/2, Informe del Comité Preparatorio sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, 14 de abril de 1998, p. 31, art. 23.5-23.6. El art. 23.5-23.6 disponía lo siguiente: «5. La Corte también [*es decir, además de su competencia sobre la responsabilidad de las personas físicas*] tendrá competencia sobre las personas jurídicas, con excepción de los Estados, cuando los delitos cometidos se cometieron en nombre de dichas personas jurídicas o por sus agencias o representantes. 6. La responsabilidad penal de las personas jurídicas no debe excluir la responsabilidad penal de las personas físicas que sean autores o cómplices de los mismos delitos».

debido a que juzgar a una persona jurídica lleva a una mayor vigilancia por parte de la empresa en la toma de decisiones susceptibles de implicar un acto criminal⁴⁰.

2.2. *La justificación del enfoque del Estatuto de Roma*

La ineficacia, tanto de la respuesta del *soft law* penal internacional como de los derechos penales nacionales, para cambiar la conducta ambientalmente nociva es la principal justificación para orientarse hacia el ER. Los instrumentos de *soft law* incitan a adoptar medidas penales a nivel nacional pero están abocados al fracaso porque los mismos sistemas jurídicos nacionales no son suficientes en sí mismos, sin el complemento de una entidad internacional con capacidad de aplicar lo acordado a nivel internacional⁴¹. El derecho ambiental internacional encarga la tutela penal internacional del medioambiente principalmente a instrumentos multilaterales que requieren la penalización pero que dependen de las legislaciones nacionales para desarrollar la tipificación y sanciones⁴². En los últimos años, hubo al menos cinco instrumentos, y tres conferencias o congresos, internacionales sobre la penalización, o cooperación, en el contexto de las violaciones ambientales a nivel nacional e internacional⁴³. A pesar de esto, y de que leyes nacionales abarcan más de 67% de las emisiones de GEI, éstas y sus efectos en el clima continúan su incremento⁴⁴.

⁴⁰ CASASOLA GÓMEZ-AGUADO, A., *op. cit.*, nota 39, p. 65.

⁴¹ Véase JOHN FRANK, D.; HIRONAKA, A. y SCHOFER, E., «The Nation-State and the Natural Environment over the Twentieth Century», *American Sociological Review*, vol. 65, n° 1, Looking Forward, Looking Back: Continuity and Change at the Turn of the Millenium, 2000, pp. 96-116, DOI: 10.2307/2657291, en cuanto al rol del enfoque arriba-abajo (internacional-nacional) en la expansión de las actividades de protección ambiental en el siglo veinte.

⁴² MISTURA, A., *op. cit.* nota 10, pp. 213-214.

⁴³ Asamblea General de la ONU, Octavo Congreso de la ONU sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, resolución A/RES/45/121 adoptada el 14 de diciembre de 1990; las Resoluciones del Consejo Económico y Social de la ONU, E/RES/1993/28, E/RES/1994/15 y E/RES/1996/10, sobre el papel del derecho penal en la protección del medio ambiente; Convenio de la UE de 1998 sobre la Protección del Medio Ambiente por el Derecho Penal (ratificada solamente por un Estado, Estonia); la Conferencia internacional sobre las amenazas actuales y nacientes relacionadas con los delito ecológicos, organizada en 2012 por el Instituto Interregional de la ONU para Investigaciones sobre la Delincuencia y la Justicia (UNICRI) en colaboración con el Programa de la ONU para el Medio Ambiente; y la Conferencia sobre el Cumplimiento y Aplicación Internacional Ambiental, organizada por INTERPOL y el PNUMA, en 2013 en Nairobi, Kenia.

⁴⁴ ONU, GEO-6, *op. cit.* nota 7, pp. 10-11.

Además, depender de los sistemas nacionales implica un riesgo de aplicación incoherente entre Estados de la tipificación o sanción de un crimen dado⁴⁵. Tomando el derecho español como ejemplo, el principio de territorialidad limita la actuación del poder judicial español, y el principio de justicia universal, aunque permite al juez español ejercer su jurisdicción fuera de España con respecto a ciertos crímenes, no incluye crímenes ambientales⁴⁶. Además, en España, como en la mayoría de las jurisdicciones nacionales, se ha optado, tras recortes, por la jurisdicción universal restringida. Es decir, la investigación o el enjuiciamiento está supeditado al establecimiento de un lazo de conexión legitimante con España p.e., los principios de personalidad pasiva (jurisdicción de la víctima) y activa (jurisdicción del autor)⁴⁷. Otras jurisdicciones lo restringen aún más, exigiendo algún otro nexo de conexión relevante con el país enjuiciador⁴⁸. Desde un punto de vista pragmático, un factor que actúa contra la dependencia sobre la jurisdicción universal es la dificultad de obtener pruebas en países extranjeros, lo que contribuye de manera significativa a explicar por qué, de los 126 sospechosos de genocidio, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad que fueron investigados, procesados o juzgados durante 2017 (en 14 países), solo 13 fueron condenados, es decir, 10,3 %⁴⁹.

Es casi imposible para un Estado invocar el famoso caso *Lotus* para otorgarse la jurisdicción universal para enjuiciar a extranjeros que habrían

⁴⁵ Esto ya se ve desde mucho tiempo en el caso del comercio ilegal de la fauna y flora a nivel internacional, donde existen intereses contrarios y reglas incoherentes a nivel local, regional e internacional según Nožina. Véase NOŽINA, M., «The Fate and Future of the Wildlife Trade Regulatory Regimes: The Case of CITES and Rhino Horn Trafficking», en HYNEK, N. *et al.* (eds.), *Regulating Global Security*, Palgrave Macmillan, 2019, pp. 245-270, p. 248, doi.org/10.1007/978-3-319-98599-2_12. Se puede citar también, como analogía, a KLEMM, C.D., «Migratory Species in International Law», *Natural Resources Journal*, vol. 29 n° 4, 1989. Subraya la importancia de una internacionalización de la normativa ambiental para evitar brechas en la aplicación de medidas de protección de especies migratorias.

⁴⁶ Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal.

⁴⁷ Véase OLLE SESE, M., Capítulo VI, «La Aplicación del Derecho penal internacional por los tribunales nacionales», en GIL GIL, A. y MACULAN, E. (dirs.), *Derecho penal internacional*, 2ª ed., Madrid, Dykinson S.L., 2019, pp. 157 y 163 y la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, art. 23.4.

⁴⁸ POLAINO NAVARRETE, M. y POLAINO-ORTS, M., *op. cit.* nota 37, p. 299. Los autores aseveran que «en la práctica, es imposible apreciar casos nuevos de Justicia Universal, diferentes a los que eran reconducibles al Principio Nacional-Estatal».

⁴⁹ «Make way for Justice #4: Momentum towards accountability», *Universal Jurisdiction Annual Review*, 2018, Geneva: Trial International, p. 5; Report of the International Commission of Jurists Expert Legal Panel on Corporate Complicity in International Crimes, vol. 2, «Criminal Law and International Crimes», 2008, p. 9.

cometido un crimen ambiental de orden interno (si, por ejemplo, la ACC fuera un delito en el país pretendiendo ejercer jurisdicción)⁵⁰. Durante años, se refería mucho a esta jurisprudencia para argumentar, de manera positivista, que lo que no era específicamente prohibido en derecho internacional era presuntamente permitido –en el caso en cuestión, el ejercicio de la jurisdicción penal nacional fuera de la frontera nacional–. Ahora bien, desde entonces, la CIJ, a todos los efectos y propósitos, ha vaciado de significado esta jurisprudencia⁵¹.

El razonamiento judicial en el caso *Nuclear Weapons* implica que casi nunca habrá que decidir si existe en derecho internacional una presunción de legalidad de las acciones de un Estado, en caso de silencio de este derecho, porque casi siempre hay un instrumento de derecho internacional que puede orientar la respuesta. En el contexto climático penal, el Estado requerido podría esgrimir la existencia de derecho internacional en materia de a) GEI, y aseverar que este derecho (como la CMNUCC y el Acuerdo de París) no prevé la responsabilidad penal y b) extradición, y afirmar que, como nos recuerda Pérez-Cruz Martín, «[c]onforme al principio de legalidad extradicional se dispone que la entrega del reclamado tiene que venir autorizada por la existencia de un Convenio internacional, previamente suscrito, en el que se contemplen las condiciones y causas de la solicitud»⁵². En defecto de convenio, la ley nacional se aplica a la solicitud de extradición, atendiendo normalmente al principio de reciprocidad⁵³. Para no tener que esperar convenios internacionales penalizando la ACC y abordando la extradición en este respecto, resulta lógico mirar hacia el ER.

Por supuesto, a veces, aunque exista la competencia penal a nivel nacional, no se aplica. Verbigracia, en el año 2015 en España, un país europeo desarrollado, se podía importar madera desde bosques talados ilegalmente en países en desarrollo años después de la entrada en vigor de una normativa pro-

⁵⁰ En aquel caso, la Corte confirmó el ejercicio por Turquía de jurisdicción penal sobre nacionales franceses en el contexto de un incidente en alta mar. No había un acuerdo internacional sobre esta cuestión y el único convenio pertinente disponía que las cuestiones de jurisdicción entre los países se resolverían conforme al derecho internacional.

⁵¹ HANDEYSIDE, H., «The *Lotus* Principle in ICJ Jurisprudence: Was the Ship Ever Afloat?», *Michigan Journal of International Law*, vol 29 n° 71, 2007.

⁵² PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.-J., «Cooperación jurídica internacional en materia penal», en PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.-J.; FERREIRO BAAMONDE, X.-X.; PINOL RODRIGUEZ, J.R. y SEOANE SPIEGELBERG, J.L., *Derecho Procesal Penal*, 3ª ed., Civitas y Thomas Reuters, 2014, p. 1122.

⁵³ PÉREZ-CRUZ MARTÍN, *op. cit.* nota 52, pp. 1118-1119.

hibiendo este hecho⁵⁴. De forma más general, a pesar de la existencia del crimen de ecocidio en 10 Estados euroasiáticos, casi no se persigue este crimen, reforzando la necesidad de que el enjuiciamiento de estos crímenes tenga una dimensión internacional⁵⁵.

También es más fácil agregar una dimensión ambiental al ER en vez de emprender la creación de una corte ambiental internacional separada con competencia penal⁵⁶. El fracaso de la Cámara de Asuntos Ambientales de la CIJ –establecida en 1993 y abolida en 2006, ya que ningún Estado le había remitido una disputa– respalda este punto ya que solo tenía jurisdicción civil que es menos sensible políticamente que su contraparte criminal. También lo respalda la naturaleza inherente de la CPI, cuya razón de ser es la protección de los bienes jurídicos amenazados por el cambio climático (como se señaló anteriormente) y constituye la única instancia judicial penal internacional, 123 Estados siendo Partes al ER. En cuanto a los principios de reparación, el ER prevé, de forma no exhaustiva, la restitución, la indemnización y la rehabilitación. Aunque se ha sustentado que la capacidad de restaurar los daños ambientales bajo el ER está limitada porque la penalización se basa en encarcelamiento y multas, cabe recordar que las emisiones delictivas contribuirían a un problema global, al punto que el daño preciso sería difícil, si no imposible, de identificar y, por lo tanto, la prisión y las multas serían el castigo principal en cualquier caso⁵⁷. Incluso si este no fuera el caso, la CPI todavía está en proceso de moldear estos principios, tomando en cuenta el «corpus general de derecho internacional pero también el contexto factual y jurídico dentro del cual... opera»⁵⁸. Así que ha llegado el momento para incorporar el crimen propuesto mientras los principios se estén desarrollando en un contexto de evolución de conocimientos científicos cruciales de la IPCC y de jurisprudencia pionera de la CIJ demostrando que los daños causados al medioambiente son resarcibles en derecho internacional⁵⁹.

⁵⁴ Véase el procedimiento iniciado por la Comisión en 2015, bajo el art. 258 TFUE, porque España no había puesto en marcha Reglamento (UE) n° 995/2010 sobre el comercio de madera aprovechada ilegalmente, un caso que no se cerró hasta el 27 de abril de 2017 (n° de infracción 20152052).

⁵⁵ GREENE, A., «The Campaign to Make Ecocide an International Crime: Quixotic Quest or Moral Imperative?», *Fordham Environmental Law Review*, vol. 30 n° 3, 2019, pp. 21-22.

⁵⁶ MERZ, CABANES y GAILLARD, *op. cit.* nota 9, p. 16.

⁵⁷ MERZ, CABANES y GAILLARD, *op. cit.* nota 9, p. 15.

⁵⁸ MCCARTHY, C., *Reparations and Victim Support in the International Criminal Court*, Cambridge University Press, 2012, pp. 182-183.

⁵⁹ Controversia relativa a la delimitación marítima en el mar caribe y el océano Pacífico (Costa Rica c. Nicaragua) y Límite terrestre en la parte norte de Isla Portillos (Costa Rica c. Nicaragua), párrs. 41-42.

A mayor abundamiento, es poco probable que la introducción del crimen ponga en jaque el estatus del ER. China e India (que se encuentran dentro de la trayectoria marcada en sus contribuciones determinadas a nivel nacional [NDCs])⁶⁰ ya no son Partes y hay muchas otras razones que explican porque los EE.UU. (que no alcanzarán los objetivos en sus NDCs) no han ratificado el ER, sobre todo sus actividades militares en países como Iraq⁶¹. En cuanto a Rusia, tampoco lo ha ratificado, y el sentido deja claro que existen distintos factores que impedirán su ratificación del ER p.e. la guerra en Siria⁶². De hecho, es poco probable que la introducción de este crimen en sí sea controvertida en este país porque a) sus NDCs son tan poco ambiciosos (y según las proyecciones, los alcanzarán fácilmente) y no se prevé un cambio en sus políticas en este área⁶³; y b) su mismo Código Penal ya contiene el crimen de ecocidio.

A la vista de lo anterior, se podría preguntar cómo la última versión del Proyecto de Código, en el año 1996⁶⁴, sancionaba solamente delitos contra el medio ambiente durante un período de guerra y omitió el art. 26. Las razones mencionadas en aquel entonces se examinarán más abajo en la sección 3.1 pero cabe recordar que algunos comentaristas constatan que no se dio curso alguno a una recomendación de un Grupo de Trabajo, formado en 1995, de la CDI sobre la creación de un crimen ambiental separado y que la retirada del art. 26 no fue un objeto de acuerdo entre los miembros del grupo, ni de un voto de la CDI, lo que tradicionalmente es el caso, y se retiró bajo protesta⁶⁵.

⁶⁰ Climate Action Tracker concerniente China [<https://perma.cc/5NTZ-EYCF>] y India [<https://perma.cc/4P9W-STQT>].

⁶¹ PAUST, J.J., «The U.S. and The ICC: No More Excuses», *Washington University Global Studies Law Review*, vol 12, 2013, pp. 571-572.

⁶² Véase, por ejemplo, la declaración del Embajador Matthew Rycroft, Representante Permanente del Reino Unido ante la ONU en la reunión de emergencia del Consejo de Seguridad sobre Aleppo, disponible en [<https://perma.cc/7LM3-2J3S>].

⁶³ Climate Action Tracker concerniente Rusia [<https://perma.cc/85TP-S9X7>].

⁶⁴ Documento A/51/10, «Report of the ILC on the works of its forty-eight session (6 May-26 July 1996)», adopted text of the Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, extracto del Yearbook of the ILC 1996, vol. 2, Part II, p. 54, art. 20(g).

⁶⁵ HIGGINS, P.; SHORT, D. y SOUTH, N., «Protecting the planet: a proposal for a law of ecocide», *Crime Law Soc Change*, vol. 59, 2013, pp. 251-266, pp. 260-261, refiriendo a la discusión sobre el «Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind», extracto del Anuario de CDI, 1996, vol. I, Actas Resumidas de la 2431ª reunión, martes el 21 de mayo de 1996, p. 14, párrs. 7-14. Véase también la discusión de la 2430ª reunión en el mismo Anuario, p. 13, párrs. 58-62. Véase también SHORT, D., *Redefining Genocide, Settler Colonialism, Social Death and Ecocide*, Zed Books, 2016, pp. 68-69.

Varios piensan que fue una decisión desacertada⁶⁶, sobre todo que la mayoría de los daños ambientales se producen en periodos de paz⁶⁷.

De hecho, el *Office of the Prosecutor Policy Paper on Case Selection and Prioritization on the Current Legal Framework* de septiembre de 2016 ha sido interpretado por algunos comentaristas como un esfuerzo de compensar la eliminación del art. 26 que nunca debería haber sucedido⁶⁸. Sin embargo, cabe destacar que este documento no modifica la competencia de la CPI que se queda limitada a los cuatro crímenes arriba mencionados⁶⁹. Dice solamente, en parte relevante, que el impacto⁷⁰ de los crímenes existentes del ER puede valorarse a la luz de, entre otros factores, los daños medioambientales infligidos en las comunidades afectadas. Por ende, esta realidad limitativa simplemente destaca lo que debería haber sido, y ahora debería ser. Esto es aún más cierto dado que el establecimiento del crimen en el ER impulsaría el establecimiento de medidas penales nacionales⁷¹. En el contexto europeo, cabe mencionar que la creación de este crimen estaría de conformidad con el art. 191 TFUE según el cual la política de la Unión en el ámbito del medio ambiente debe contribuir al objetivo del «fomento de medidas a escala internacional destinadas...en particular a luchar contra el cambio climático».

⁶⁶ GARCIA RUIZ, A., *op. cit.* nota. 15, p. 8, citando a NOGUERA, V., «Activismo judicial: del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al Tribunal Penal Internacional en materia de medio ambiente», *Diario La Ley* n° 9065, sección doctrina, 20 de octubre de 2017, p. 4 y GAUGER, A., RABATEL-FERNEL, M.P., KULBICKI, L., SHORT, D. y HIGGINS, P., «Ecocide is the Missing 5th Crime against Peace, London: The Ecocide Project, Human Rights Consortium», School of Advanced Study, University of London, 2012, p. 10.

⁶⁷ PEREIRA, R., *Environmental Criminal Liability and Enforcement in European and International Law*, Brill Nijhoff, 2015, pp. 116-117.s

⁶⁸ GREENE, A., *op. cit.* nota. 55, p. 25.

⁶⁹ MISTURA, A., *op. cit.* nota 10, p. 220 y BERNAZ, N., «An Analysis of the ICC Office of the Prosecutor's Policy Paper on Case Selection and Prioritization from the Perspective of Business and Human Rights», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 15 n° 3, 2017.

⁷⁰ El impacto es un factor, entre otros, en la determinación de la gravedad del crimen lo que es, a su vez, un factor para determinar la admisibilidad bajo el art. 17.d) y, luego, si ha de iniciar una investigación bajo el art. 53.1.b) y c). En ese contexto, la Oficina del Fiscal prestará especial atención a la persecución de los crímenes que sean cometidos por medio de, o cuyo resultado sea, entre otras cosas, la destrucción del medio ambiente, la explotación ilegal de recursos naturales o la desposesión ilegal de tierras.

⁷¹ HIGGINS, P., *op. cit.*, nota 8, p. 70 citando el efecto del principio de complementariedad y opinando que este estatus convierte la prevención del crimen en obligación *erga omnes*.

3. LAS DIFICULTADES CON LAS FORMULACIONES DEL ECOCIDIO HASTA EL PRESENTE

3.1. *Análisis mutatis mutandis del artículo 26 y de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el contexto de la Conferencia de Roma*⁷²

Se propone examinar las críticas contemporáneas del art. 26, redactado con un amplio criterio, y de la propuesta de responsabilidad penal corporativa, para identificar cualquier aspecto de estas críticas que pueda ser relevante hoy para el nuevo crimen propuesto en este artículo. Puesto que este último es más restringido que el primero, si podemos acercarnos a defender el art. 26 (o si podemos desarmar cualquier elemento de las críticas relevantes a un delito basado en GEL), está claro que estas objeciones contemporáneas, aplicadas al crimen de ACC, no tienen fundamento.

Entre los años 1991 y 1995, el Proyecto de Código de la CDI –cuyas raíces remontan al año 1947 cuando la Asamblea General de la ONU invitó a la CDI a redactarlo– contenía un proyecto de delito (el art. 26) denominado «Daños intencionales y graves al medio ambiente», donde rezaba lo sigue:

«quien cause intencionalmente u ordene que sea causado daños graves, duraderos y extensos al ambiente natural podrá ser condenado a cumplir una pena de prisión [de]»⁷³.

Sin embargo, este delito no apareció en la última versión del Proyecto de Código en el año 1996. Su exclusión se debió, oficialmente, a la falta de apoyo de los gobiernos y a la necesidad de esperar la evolución del derecho internacional para confirmar o invertir la tendencia de considerar estos actos como crímenes⁷⁴.

Si se examinan sin embargo más atentamente las objeciones, se da cuenta de que las pocas críticas se relacionaban con una falta de precisión en la tipificación más que objeciones de fondo. Al final, de los 23 Estados Miem-

⁷² La expresión «*mutatis mutandis*» en esta y en la siguiente subsección se refiere al análisis comparativo del art. 26 contra el nuevo delito propuesto.

⁷³ Documento A/CN.4/L.459 [and corr.1] and Add.1, Proyecto de Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, extracto del Anuario de la CDI, vol. I, 1991, pp. 234-236.

⁷⁴ Documento A/CN.4/466, «Thirteenth report on the draft code of crimes against the peace and security of mankind, by Mr. Doudou Thiam, Special Rapporteur», extracto del Anuario de la CDI, vol. II.1, 1995, p. 35, párr. 10.

bros de la ONU (de los 183 en el año 1993) que hicieron comentarios sobre el Proyecto de Código, hubo oposición escrita explícita, por razones de fondo, de solamente tres de ellos –los Países Bajos, los EE.UU. y el Reino Unido–.

El primero consideró que los Estados son especialmente renuentes a renunciar a sus facultades en materia de derecho penal, por lo que sería mejor restringirse a los crímenes de agresión, genocidio, violaciones sistemáticas o masivas de los derechos humanos y crímenes de guerra graves. Sin embargo, el país quedó abierto a la inclusión ulterior de otros crímenes en el Código y a la punibilidad actual de otros crímenes «basándose en el principio *aut iudicare, aut dedere*, o en el principio de la universalidad»⁷⁵. Los EE.UU consideraron que no se habían tenido en cuenta los acuerdos internacionales ambientales existentes⁷⁶. El Reino Unido opinó que la creación del crimen sería una «extensión» que llevaría demasiado lejos la aplicación del derecho internacional⁷⁷.

Estas objeciones serían difíciles a sostener hoy. Concerniente los argumentos de los Países Bajos, ya se ha detallado más arriba las limitaciones tanto de la jurisdicción universal como de la extradición. Además, como veremos en la sección 4.2 más abajo, se puede esgrimir que los daños extensos ambientales, o las consecuencias de las cantidades de emisiones delictivas, constituyen «violaciones sistemáticas o masivas de los derechos humanos». Concerniente la crítica de los EE.UU., ninguno de los acuerdos que listaron impone la responsabilidad penal para el tipo de daños ambientales establecidos en el art. 26, menos aún la responsabilidad penal para emisiones excesivas de GEI.

En cuanto al argumento del Reino Unido, es importante destacar el aumento continuo de GEI, y de destrucción ambiental, desde 1996 junto con la gran concienciación de la comunidad internacional acerca de la gravedad de la crisis climática y acontecimientos políticos y jurídicos en este ámbito durante este período. La CDI necesariamente tiene en cuenta estos factores. Así que el primer informe del Relator Especial en 1983 había constatado que, durante el transcurso de casi 30 años desde el Proyecto de 1954, «los problemas del medio ambiente han cobrado una dimensión nueva y se han convertido en

⁷⁵ Documento A/CN.4/448 y Add.1., «Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad.– Comentarios y observaciones recibidos de los gobiernos», extracto del Anuario de la CDI, vol. II.1, 1993, pp. 97-98 y 103, párrs. 9-13 y 71-73.

⁷⁶ *Ibid.*, nota 75, p. 96, párr. 25 y nota de pie de página 7.

⁷⁷ *Ibid.*, nota 75, p. 118, párr. 31.

asuntos pertinentes al orden público internacional»⁷⁸. Es un indicador de la gravedad de la imprecisión de la tipificación del art. 26, y no de la sustancia de lo que buscaba establecer, que, 13 años de (aún más) daños ambientales después de aquel informe, este delito no pudo ver la luz.

Al mismo tiempo, se ha de calibrar el alcance del crimen en atención a tendencias opuestas en términos de soberanía en la actualidad. Por una parte, el concepto de soberanía nacional está limitado por el derecho internacional y se puede considerar que está desmoronándose, a través, por ejemplo, del principio de «*no harm*» –que hace hincapié en la importancia del uso lógico y racional por los Estados de sus territorios y de no causar daños graves por contaminación a la propiedad o personas de otros Estados– convertido en obligación *erga omnes* con las sentencias *Barcelona Traction* de 1970 y *Gabcikovo-Nagymaros* de 1997. Por otra parte, se puede citar la soberanía de los Estados sobre sus propios recursos naturales, reconocido bajo la Resolución 2158 de la ONU del 25 de noviembre de 1966 y el «derecho al desarrollo» reclamado principalmente por los países en desarrollo, pero llevado al extremo por la política ambiental de la presidencia estadounidense actual. Vienen también suavizar la propuesta realidades intrínsecas de la condición humana, en particular nuestra dificultad inherente en pensar a largo plazo⁷⁹, y nuestra tendencia a desconectar cuando nos sentimos desamparadas⁸⁰. Estas verdades ayudan a explicar por qué nuestra normativa está a remolque de la ciencia climática, pero no lo justifican. La deducción prudente de estos factores se traduce en la necesidad de restringir el alcance del crimen comparado con el art. 26.

Paradójicamente, las críticas que parecían más «micro» aquel entonces, fueron y son, en realidad, las más válidas. Éstas se refirieron al carácter demasiado general de la tipificación del artículo. En particular, en cuanto a

⁷⁸ Documento A/CN.4/364, Primer informe sobre el proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, por el Sr. Doudou Thiam, Relator Especial, p. 158, párr. 54.

⁷⁹ GIFFORD, R., «The Dragons of Inaction – Psychological Barriers That Limit Climate Change Mitigation and Adaptation», *American Psychologist*, vol. 66, nº 4, 2011, 290-302, DOI: 10.1037/a0023566; KAHNEMAN, D., *Thinking Fast and Slow*, Farrar, Straus and Giroux, 2011; y HÜTHER, M., «Intergenerational Justice and Economic Growth. A Challenge for Economic Policy», en Jörg Chet Tremmel (ed.), *Demographic Change and Intergenerational Justice*, Springer, Berlin, Heidelberg, 2008, pp. 31-52, https://doi-org.bucm.idm.oclc.org/10.1007/978-3-540-77084-8_3.

⁸⁰ Véase LACROIX, K., GIFFORD, R. y CHEN, A., «Developing and validating the Dragons of Inaction Psychological Barriers (DIPB) scale», *Journal of Environmental Psychology*, 63, 2019, pp. 9-18, <https://doi.org/10.1016/j.jenvp.2019.03.001>.

los términos del artículo⁸¹, a la falta de elemento internacional del crimen para aclarar que se trata de hechos de importancia internacional⁸² y al elemento de intencionalidad demasiado exigente comparado con el art. 22 (los daños ambientales en período de guerra)⁸³. A parte lo anterior, se podría considerar también que el carácter insuficientemente antropocéntrico del desafortunado art. 26 disminuyó sus posibilidades de aprobarse, así que el enfoque antropocéntrico de la propuesta es una consideración importante⁸⁴. El hilo conductor en todas estas críticas es la importancia crucial de la tipificación.

En cuanto a la extensión de la responsabilidad penal a las personas jurídicas, hubo una propuesta en este sentido, aunque posteriormente retirada, por la delegación francesa durante la Conferencia de Roma⁸⁵. Los asistentes a la Conferencia acuerdan tres contraargumentos principales esgrimidos⁸⁶: primero, una falta de tiempo para finalizar la propuesta francesa. Segundo, una falta de reglas comunes entre los Estados Miembros sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas –básicamente, había Estados que sí lo reconocían y otros no–. Tercero, una objeción basada en el principio de complementariedad

⁸¹ Documento A/CN.4/448 y Add.I., *op. cit.* nota 75, pp. 96, 97 y 107, párrs. 6-8, 24 y 37. Por ejemplo, los EE. UU comentaron (p. 96, párr. 24): «No se definen los «daños extensos, duraderos y graves al medio natural», ni tampoco el término «intencionalmente», creando así considerable confusión respecto al estado volitivo que se requiere para la imposición de responsabilidad penal».

⁸² *Ibid.*, nota 75, p. 83, párr. 14.

⁸³ Por ejemplo, Austria comentó que «[c]omo el motivo por el que se perpetra este crimen es generalmente el afán de lucro, no debe establecerse la intencionalidad como una condición para su punibilidad» y Uruguay proponía la negligencia o falta de previsión (culposos). Véase Documento A/CN.4/448 y Add.I., *op. cit.* nota 75, pp. 75, párr. 50; 77, párr. 30; 81, párrs. 26-27 y 120, párr. 9 para todos los comentarios sobre la inoportunidad del requisito de intención.

⁸⁴ MALHOTRA, S., «The International Crime That Could Have Been but Never Was: An English School Perspective on Ecocide Law», *Amsterdam Law Forum*, vol. 9, 2017, pp. 63 y 65.

⁸⁵ UN Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, Official Records, vol. III, Roma 15 de junio – 17 de julio de 1998: http://legal.un.org/icc/rome/proceedings/E/Rome%20Proceedings_v3_e.pdf; CASASOLA GÓMEZ-AGUADO, A., *op. cit.* nota 39, p. 98

⁸⁶ SCHMIDT, T.M., *op. cit.* nota 31, p. 371. Alonso Casasola *op cit.*, nota 39, p. 100, menciona también alegaciones de aquel entonces relacionadas con «problemas procedimentales sobre la representación de la persona jurídica ante la Corte Penal Internacional y la confiscación de activos de empresas sin afectar a los derechos de terceras personas». Estos argumentos tampoco tienen sustentación: en el ámbito del arbitraje internacional, por ejemplo, el hecho de que los derechos de terceros pueden estar afectados no impide, en varias circunstancias, la ejecución de los laudos. En cuanto a la representación de las empresas, no hace falta un sistema diferente de lo que se aplica regularmente en las cortes nacionales.

según la cual la creación de este crimen a nivel internacional privaría a los Estados que aún no tenían un sistema de esta responsabilidad de la oportunidad de realizar un primer intento de crearla.

Tomando cada argumento sucesivamente, el primero no es de recibo porque obviamente es una cuestión de mera organización. Con respecto al segundo y tercero, ambos están basados sobre la premisa de que la ausencia de responsabilidad de las personas jurídicas en la jurisdicción de uno o más Estados Miembros prohibiría su aplicación sobre la base del ER, que reconociera esta responsabilidad, a estas personas. Ahora bien, esta perspectiva olvida el sentido y alcance correcto del principio de complementariedad que impide que la CPI actúe en un asunto que ya es o ha sido investigado o enjuiciado por un Estado que tenga jurisdicción sobre él⁸⁷.

La suficiencia de la existencia del crimen en el ER, independientemente de todo sistema nacional, es la única manera de evitar que los crímenes cubiertos por el ER queden impunes. Como enfatiza Broomhall, el sistema de derecho penal internacional desde el Tribunal de Nuremberg y hasta el ER está basado sobre el principio según el cual la responsabilidad individual surge en virtud del derecho internacional. Entonces, el principio de *nullum crimen sin lege* no depende del derecho nacional –lo contrario permitiría a los Estados de manipular los sistemas jurídicos nacionales y eximir a sus agentes nacionales de toda responsabilidad–⁸⁸.

Es más, algunas conductas conciernen a toda la humanidad o son capaces de afectar a personas en países diferentes de los en que el crimen ha sido físicamente cometido. Como subraya Duff, de manera similar al argumento *erga omnes* de Higgins, la CPI debería poder actuar en nombre de los que deberían poder pedir cuentas a los infractores o simplemente actuar «en virtud de nuestra humanidad compartida con las víctimas»⁸⁹.

⁸⁷ ER, art. 17.1 y 17.2. Ver también el Preámbulo, art. 1 y CRAWFORD, J., *Brownlie's Principles of Public International Law*, OUP, 8ª ed., 2012, p. 680.

⁸⁸ BROOMHALL, B., «Article 22 Nullum crimen sine lege», en TRIFFETER, O. y AMBOS, K., *The Rome Statute of the International Criminal Court, A Commentary*, Third Edition, C.H. Beck, Hart, Nomos, 2008, pp. 949-976, p. 955. El autor anota, en la página 950, nota de pie de página 4, que el derecho internacional cumple con los requisitos del principio de *nullum crimen sin lege*, tal y como reconocido por la CDI. Véase también WERLE, G., *Principles of International Criminal Law*, The Hague, TMC Asser Press, 2005, p. 29.

⁸⁹ SCHMIDT, T.M., *op. cit.* nota 31, p. 383, citando DUFF R.A., «Authority and responsibility in International Criminal Law», en TASIOULAS, J. y BESSON, S. (eds) *The philosophy of international law*, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 589-604.

La evolución hasta esta responsabilidad de las personas jurídicas no debería sorprender. Aunque, al igual que ocurre con el medio ambiente, las empresas necesitan agentes para representarles legalmente, estas últimas han sido dotadas con derechos (mucho más que el medioambiente para quien este fenómeno es reciente⁹⁰) concebidos únicamente para seres humanos como sujetos de derecho desde hace más de 120 años con la sentencia inglesa *Salomon* p.e. en los EE.UU., se ha reconocido a las empresas derechos fundamentales bajo la Constitución de ese país como los de la Primera, Cuarta, Quinta y Decimocuarta Enmiendas, desde la libertad de expresión hasta derechos de los ciudadanos como la protección igualitaria, el derecho a la propiedad y al debido proceso⁹¹. Y, pese a que, muchas veces, una empresa se manifieste solamente sobre el papel y es mucho menos tangible que el medio ambiente⁹², ni siquiera el crimen de ACC necesitaría la transformación del medio ambiente o la atmósfera en sujeto de derecho (como la empresa); implicaría meramente que el medio ambiente sea un bien jurídico, como ya es el caso de muchas jurisdicciones nacionales, incluso España⁹³.

⁹⁰ Concerniente a la naturaleza, se puede citar la Constitución de Ecuador de 2008 que declara expresamente que la naturaleza será titular de derechos reconocidos como de reproducirse, realizar la vida y regenerar sus ciclos vitales (arts. 10 y 71) y la Ley 71/2010 boliviana que asegura los derechos de la Madre Tierra (Pachamama) que es un sujeto colectivo de interés público (art. 5). En Colombia, concerniente a) la Amazonia colombiana, véase Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia 4360-2018, 5 de abril de 2018; b) los ríos colombianos, el Atrato y el Cauca, véase Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, sentencia núm. T-622, 10 de noviembre de 2016 y Sala Cuarta Civil, Tribunal Superior de Medellín, sentencia núm. 38, 17 de junio de 2019; c) el páramo de Pisba, véase el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión n° 3, 9 de agosto de 2018, Expediente 15238 3333 002 2018 00016 01.

⁹¹ *A. Salomon and Company, Limited v Aron Salomon* [1897] AC 22. La jurisprudencia más importante, en orden de las Enmiendas correspondientes, es: *First Nat'l Bank of Boston v. Bellotti*, 98 S. Ct. 1407 (1978) y *Citizens United v. Federal Election Commission*, 130 S. Ct. 876 (2010); *Los Angeles v Patel*, 135 S. Ct. 2443 (2015); *Horne v. Department of Agriculture*, 135 S. Ct. 2419 (2015); y *Limmark Associates, Inc. v. Township of Willingboro*, 97 S. Ct. 1614 (1977).

⁹² Por ejemplo, las empresas pantallas que pueden ser las compañías dentro de una estructura empresarial responsables de los daños causados, o bien estructuras corporativas complejas que ofuscan la determinación de la empresa responsable de los daños ambientales. Véase House of Commons, Environmental Audit Committee, «Corporate Environmental Crime», Second Report of Session 2004-05, p. 18, párr. 10.

⁹³ SERRANO TÁRRAGA, M.D.; SERRANO MAÍLLO, A. y VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *Tutela Penal Internacional*, 3ª ed., Dykinson, 2017, pp. 35-36, 99-100 y 147; FUENTES OSORIO, J.L., «¿Delito medioambiental como delito de lesión?», *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. 1 n° 2, 2010, p. 19; SANTA CECILIA GARCIA, F., «Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente», *Libro Homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 907. Véase también los esfuerzos recientes de asignar un valor monetario a los servicios ambientales, lo que

3.2. *Análisis mutatis mutandis de las formulaciones doctrinales*

Dejando de lado el art. 26 como el único proyecto de crimen internacional que ha sido trabajado activamente por la ONU, las propuestas doctrinales más destacadas hasta el presente han tenido ciertas características comunes que las han hecho legal y / o políticamente impracticables. Un examen de estas características ayuda a explicar porque una tipificación distinta es necesaria ahora.

Estas propuestas abarcan el proyecto de Convención Internacional sobre el Ecocidio, elaborado por Richard Falk en 1973 (el primer proyecto de instrumento internacional sobre el ecocidio), la propuesta de un crimen internacional de «geocidio» de Berat en 1993, y la tipificación de ecocidio propuesta por Mark Allan Gray en 1996⁹⁴. El año 2010 marcó un nuevo impulso para el debate sobre el ecocidio con la propuesta de Polly Higgins, que ha sido respaldada por algunas juristas⁹⁵, o es similar a otras definiciones propuestas anterior y posteriormente⁹⁶. La definición de Higgins también ha sido criticada pero sin presentar una propuesta alternativa⁹⁷. De todas formas, aunque el proyecto de Higgins se convirtió en forma de proyecto de Directiva europea, no ha alcanzado arraigarse⁹⁸. Por lo tanto, ha llegado el momento de una nueva propuesta que aprenda del destino de las pasadas.

La *primera* característica común de las propuestas pasadas es que solo se aplican en caso de daños ambientales extensos, concepto que no se ha logrado definir de manera viable. Higgins definió el ecocidio como «la pérdida, el daño o la destrucción extensa del ecosistema o ecosistemas de un territorio determinado, ya sea por la acción humana o por otras causas, hasta un punto

es coherente con su consideración como bien jurídico p.e., TEEB, «The Economics of Ecosystems and Biodiversity: Mainstreaming the Economics of Nature: A Synthesis of the Approach, Conclusions and Recommendations of TEEB» (octubre de 2010) y «The Economics of Ecosystems and Biodiversity (TEEB) for Water and Wetlands» (febrero de 2013).

⁹⁴ FALK, R., «Environmental Warfare and Ecocide – Facts, Appraisals and Proposals», *Revue belge de droit international*, n° 1, 1973, Anexos I y III; Berat, L., *op. cit.* nota 14; GRAY, M.A., *op. cit.* nota 14.

⁹⁵ GARCIA RUIZ, A., *op. cit.* nota. 15.

⁹⁶ BERAT, L. y GRAY, M.A., *op. cit.* nota. 14; MERZ, CABANES y GAILLARD, *op. cit.* nota 9; MEHTA, S. y MERZ, P., *op. cit.* nota. 11.

⁹⁷ SCHWEGLER, V., *op. cit.* nota 32; MISTURA, A., *op. cit.* nota 10 y GARCIA RUIZ, A., *op. cit.* nota. 15.

⁹⁸ En 2013, la Iniciativa Ciudadana Europea intentó infructuosamente reunir votos suficientes para adoptar la Directiva sobre Ecocidio, cuya definición del ecocidio se basó en la de Higgins, en el Parlamento Europeo: [<https://perma.cc/R2MQ-ALL2s>].

tal que» el disfrute pacífico de los habitantes de ese territorio o de otro territorio se ha visto gravemente menoscabado⁹⁹. Basándose en el «mayor reconocimiento del derecho humano a un medio ambiente sano», Merz y Gaillard sugirieron en 2014 que podría ser posible ampliar el alcance de los crímenes contra la humanidad para incluir la destrucción de los ecosistemas que conduce a la pérdida de vidas humanas a gran escala, sin precisar más los términos utilizados¹⁰⁰. Un año después, Mehta y Merz propusieron una definición de ecocidio muy similar a la de Higgins: «el daño significativo o la destrucción de un ecosistema hasta tal punto de que el disfrute pacífico de una parte del planeta disminuirá sustancialmente»¹⁰¹.

Como se ha anotado en la introducción, el concepto de daños ambientales extensos pasa por alto actividades de menor escala que son perjudiciales para el medio ambiente. Además, da lugar a dificultades de interpretación. Higgins lo reconoció y propuso superar la vaguedad de un daño extenso con el apoyo del art. 8.2(b)(iv) ER¹⁰². El problema es que dado que no ha habido condena bajo este precepto, no hay jurisprudencia para ayudarnos con su interpretación.

Higgins sugería también que nos apoyemos en la Convención sobre la Prohibición de Utilizar Técnicas de Modificación Ambiental con Fines Militares u Otros Fines Hostiles de 1977 (CPUTMA)¹⁰³. El art. 1 CPUTMA se refiere al concepto de efectos «vastos, duraderos o graves» en otro Estado, y hay una serie de «*Understandings*», concluidos al mismo tiempo que la CPUTMA, que puntualizan los conceptos contenidos dentro de ella. Sin embargo, estos *Understandings* no son jurídicamente vinculantes y el *Understanding* sobre el art. 1 declara explícitamente que la interpretación que adopta no prejuzga la interpretación de términos similares en cualquier otro acuerdo internacional¹⁰⁴.

De hecho, el recurso a la CPUTMA justifica una tipificación del tipo propuesto en este artículo porque, o bien es difícil concebir unos daños de la escala prevista en la CPUTMA que no constituirían igualmente un crimen

⁹⁹ HIGGINS, P., *op. cit.* nota 22, p. 159.

¹⁰⁰ MERZ, CABANES y GAILLARD, *op. cit.* nota 9, p. 9.

¹⁰¹ MEHTA, S. y MERZ, P., *op. cit.* nota. 11.

¹⁰² HIGGINS, *op. cit.* nota 8, pp. 63-64.

¹⁰³ *Ibid.*, nota 8, p. 64.

¹⁰⁴ Documento A/31/27, «Report of the Conference of the Committee on Disarmament», vol. I, Asamblea General de la ONU, Documentos oficiales: trigésimo primer período de sesiones, Suplemento n° 27, 1976, p. 91.

de agravación del cambio climático, o bien el conducto tipificado queda demasiado vago para poder¹⁰⁵, de forma realista, estar aprobado por los Estados. Para entender por qué, hay que mirar las descripciones de los términos pertinentes. Se describe «vastos» como «abarcando un área en la escala de varios cientos de kilómetros cuadrados»; «duraderos» como «durando un período de meses, o aproximadamente el tiempo de una estación» y «graves» como «implicando una perturbación o daño grave o significativo a la vida humana, recursos naturales y económicos u otros activos»¹⁰⁶. Así que, si ocurren daños ambientales en la escala de varios cientos de kilómetros cuadrados, es muy probable que implique también la emisión de una cantidad excesiva de GEI bajo el derecho interno en cuestión. Si los efectos implican una perturbación significativa de la vida humana, se puede sentir ya las reticencias de las delegaciones nacionales a abrir sus países a la oleada de investigaciones a la que esta disposición imprecisa podría dar lugar (no olvidemos que los criterios de la propuesta de Higgins, como las de la CPUTMA, no son cumulativos, a diferencia del art. 8(b)(iv) que tiene también un alto nivel de intencionalidad).

Hulme también critica el uso de la CPUTMA para interpretar los conceptos de la gravedad del daño¹⁰⁷. Dice que se debería usar para el nuevo crimen de ecocidio en el ER las definiciones contenidas en los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales porque la definición en el art. 8.2(b)(iv) viene de un Protocolo. La definición de Ginebra de daño «duradero» al medio ambiente, bajo el art. 35(3) del Protocolo Adicional I, es «décadas, 20 o 30 años como mínimo», lo que brinda protección solo en casos extremos de daño ambiental y en los casos que probablemente estarían cubiertos por la tipificación propuesta en este artículo. Las dificultades para delimitar los contornos del concepto de daños extensos han llevado a una jurista a afirmar recientemente que tal falta de claridad plantea el riesgo de violar el principio de *nullum crimen sine lege*¹⁰⁸ y que cualquier intento de definirlo sería «teórico» y por lo tanto es «más útil centrar el análisis en las disposiciones del derecho internacional que atribuyen la responsabilidad penal a ciertos comportamien-

¹⁰⁵ MISTURA, A., *op. cit.* nota 10, p. 211-212 relativa a la ausencia de definición de estos términos.

¹⁰⁶ Documento A/31/27, *op. cit.* nota 104, p. 91.

¹⁰⁷ HULME, K., «Eradicating Ecocide. A Critical Appraisal», 2012, disponible en <http://www.eco-cultures.org/category/author/karen-hulme/> [Consultado el 9 de septiembre de 2018].

¹⁰⁸ Véase MISTURA, A., *op. cit.* nota 10, p. 199, citando a ASHWORTH, A., *Principles of Criminal Law* 63-64, 2009, refiriendo al peligro de una definición general de crimen ambiental.

tos que dañan o representan una amenaza para el medio ambiente», principalmente las disposiciones existentes del ER cuyas limitaciones reconoce la misma jurista y que ya se han señalado.

La *segunda* característica de muchas de las propuestas pasadas es el ecocentrismo. Al principio, debe tenerse en cuenta que la propuesta de Falks se distingue de las demás en el sentido de que estuvo fuertemente influenciada por el sufrimiento humano de la guerra de Vietnam. Es, por lo tanto, muy centrada en los ecosistemas y sobrevivencia humanos, el desarrollo social y la guerra¹⁰⁹. Este proyecto de convención sería la base para una superposición en el tratamiento del ecocidio y el genocidio por parte de la ONU durante varias décadas¹¹⁰.

A medida que la guerra se hizo más distante, también lo hizo el enfoque antropogénico de las propuestas, con la excepción de Gray, que no aboga por una extensión de los derechos a los beneficiarios no humanos¹¹¹. Al contrario, la definición de Berat se refirió a «[la destrucción de] cualquier parte del ecosistema global, al matar miembros de una especie; causando daños corporales o mentales a los miembros de la especie»¹¹². Esta propuesta nebulosa se centró en la pérdida de biodiversidad y en la protección extendida a todas las especies vivas. La propia Berat reconoció la muy baja probabilidad de que tal disposición se aplique para proteger especies no humanas¹¹³, lo que seguramente es una razón para no referirse a «especies» sino a los humanos.

Higgins define «habitantes» incluyendo animales, plantas y otros organismos vivos lo que apoya Ruiz y, parece, Merz, Cabana y Gaillard¹¹⁴. Más allá de la dificultad de este aspecto de la definición en términos de justiciabilidad, la definición de Higgins es problemática porque califica de ecocidio daños ambientales no solamente causados por la actividad humana si no también los no causados por esta actividad, lo que entraña el interrogante de cómo estos últimos serían recurribles. Si no son recurribles, su utilidad en la definición no está clara y puede ser fuente de confusión.

¹⁰⁹ Véase HIGGINS, P.; SHORT, D. y SOUTH, N., *op. cit.* nota. 65, p. 259; y FALK, R., *op. cit.* nota 94, Annex 1, art. II y Annex 3, párr. 1.b.

¹¹⁰ Véase SHORT, D., 2016, *op. cit.* nota 65, pp. 63-64.

¹¹¹ GRAY, M.A., *op. cit.* nota 14, p. 222.

¹¹² BERAT, L., *op. cit.* nota 14, p. 343.

¹¹³ *Ibid.*, footnote 86.

¹¹⁴ HIGGINS, P., *op. cit.* nota 8, p. 61; GARCIA RUIZ, A., *op. cit.* nota. 15, p. 11. MERZ, P.; CABANES, V. y GAILLARD, E., *op. cit.* nota 9, pp. 11 y 16, parecen abogar por una visión ecocéntrica.

La *tercera* característica que comparten las propuestas pasadas es que la intención no es necesaria en la tipificación. La definición de Berat se basa en el nivel de conocimiento o deseo extracontractual (es decir «*tortious*»), mientras que Gray y Higgins abogan por una responsabilidad objetiva¹¹⁵. Schwegler critica la definición de Higgins por falta de un elemento de culpabilidad (y sanciones) sin más precisión¹¹⁶, y Merz y Gaillard abogan por una responsabilidad sin el requisito de intencionalidad o, alternativamente, un crimen basado sobre la negligencia¹¹⁷.

Finalmente, los juristas mencionados han hecho ciertas críticas que merecen discusión ya que influyen en la formulación de la tipificación propuesta. Ruiz subraya que la definición de Higgins «no acoge la puesta en peligro del propio ecosistema(s)» porque es un «delito de resultado»¹¹⁸. Sin embargo, cabe destacar que el art. 25.3.f) del ER, que aplicaría al crimen de ACC, cubre intentos. Ruiz proporciona ejemplos potenciales y consumados de ecocidio, la mayoría de los cuales podrían estar cubiertos o por el crimen de ACC –p.e. la destrucción de la Gran Barrera de Coral (Australia), debido en gran parte a las emisiones de GEI, o la provocación de «enormes cantidades de emisiones de CO₂ a la atmósfera» por la deforestación¹¹⁹– o por otros fundamentos como la responsabilidad penal, civil o extracontractual¹²⁰ p.e. en el ejemplo de un derrame terrestre en jurisdicciones de *common law*, se podría buscar la responsabilidad extracontractual conforme a principios de *nuisance* o *Rylands & Fletcher*. En el caso de daños producidos por derrames de crudo de buques como el del *Prestige*, la responsabilidad es conforme a la legislación civil que le resulta aplicable, siendo el Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil nacida de Daños debidos a Contaminación por Hidrocarburos para Combustible de los Buques de 1992 y su instrumento complementario, el Convenio sobre constitución de un Fondo Internacional de Indemnización por la Contaminación por Hidrocarburos de 1992 (y la aplicación de las normas civiles del régimen penal si el Convenio no permite la reparación completa)¹²¹.

¹¹⁵ BERAT, L., *op. cit.* nota 14; HIGGINS, P., *op. cit.* nota 8, p. 68.

¹¹⁶ SCHWEGLER, V., *op. cit.* nota 32, pp. 74, 85-86.

¹¹⁷ MERZ, P., CABANES, V. y GAILLARD, E., *op. cit.* nota 9, p. 16.

¹¹⁸ GARCIA RUIZ, A., *op. cit.* nota. 15, p. 12.

¹¹⁹ *Ibid.*, pp. 16, 17 y 19.

¹²⁰ *Ibid.*, pp. 17-18 y 20.

¹²¹ BETANCOR RODRIGUEZ, A., *Responsabilidad y aseguramiento por danos ambientales. El caso Prestige*, Colección de Derecho Económico-Ambiental, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2018, pp. 238-240.

4. LA NUEVA FORMULACIÓN DE LA QUINTA CATEGORÍA DE CRIMEN

4.1. *Análisis de la definición del crimen propuesto*

Basándose en el art. 325 CP, y los varios trabajos internacionales y juristas arriba citados, se propone la redacción siguiente del crimen como un nuevo art. 9 ER. La formulación del artículo se comenta en la medida que no está cubierta por las secciones anteriores.

«1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por «crimen de agravación del cambio climático» la provocación o realización (u omisión de tomar acciones que hubieran evitado la provocación o realización) de emisiones, vertidos, extracciones o excavaciones, depósitos o fugas, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo o las aguas terrestres, subterráneas o marítimas, incluido la alta mar, cuando se cometa por cualquier persona física o jurídica:

- a) como parte principal o auxiliar de un acto u omisión y con conocimiento de que redundará en un beneficio económico; y
- b) con conocimiento del hecho de que este acto u omisión, por sí mismo o conjuntamente con otros por los cuales la misma persona es responsable, causará un aumento de la cantidad de gases de efecto invernadero más allá de lo permitido por las normas aplicables –cuyo conocimiento se imputa a la persona física, y jurídica (y sus personas responsables) en cuestión– del país en que la acción u omisión correspondiente, ha ocurrido.

2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por una persona responsable aun cuando la persona responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. No se exige una vinculación laboral directa de la parte de la persona responsable, que puede ser, sin limitación alguna, un asesor externo o trabajador subcontratado¹²².

3. Será una circunstancia atenuante bajo este artículo la de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades.

¹²² Véase DEL MORAL GARCÍA, A., «Regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el código penal español», en PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.-J. (dir.), *Proceso Penal y Responsabilidad de Personas Jurídicas*, Thomas Reuters Aranzadi, 2017, pp. 47-74, pp. 59-60.

4. Con el fin de evitar dudas, en este artículo 9:
- a) «provocar» implica una intervención mediata/indirecta que podría entenderse como la realización de actividades previas, simultaneas o subsiguientes a la emisión, vertido, extracción, excavación, depósito o fuga, y abarca los supuestos listados en el art. 26.3(b), (c), (d) y (f) con la salvedad de que no se exigirá, con respecto al art. 26.3(d), la intencionalidad sino el nivel de conocimiento establecido en el art. 9.1;¹²³
 - b) «realizar» implica la ejecución inmediata/directa de la emisión, vertido, extracción, excavación, depósito o fuga, y abarca el supuesto previsto en el art. 26.3 (a);
 - c) El significado de «persona jurídica» excluye al Estado y órganos estatales que ejerzan autoridad estatal, así como a organizaciones u órganos públicos internacionales y a organizaciones sin ánimo de lucro con estatuto en derecho interno;
 - d) El «conocimiento» en el art. 9.1 corresponde a la definición en el art. 31.3. El «conocimiento» por parte de una persona jurídica, se determinará sobre la base de, sin limitación alguna, inferencias razonables basadas sobre la interacción de características institucionales (es decir, la estructura, la cultura, políticas, canales de comunicación y niveles de control) y toda prueba disponible (incluso todo documento cubierto por la definición de «Documento» en las Reglas de la IBA sobre Pruebas) en cuanto al proceso de adopción de las decisiones individuales o colectivos, dentro de la persona jurídica, que resultaron en el acto u omisión;
 - e) Una «persona responsable» es una persona autorizada para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostente, de acuerdo con el derecho del Estado Parte dónde se comete el crimen, cualquier facultad de organización y control dentro, o de la parte, de la misma y, conforme al art. 9.2, no requiere una vinculación laboral directo con la persona jurídica;
 - f) Las «normas aplicables» referidas en el art. 9.1.b son los que hacen efectivos los compromisos relacionados al Acuerdo de Paris, adoptado el 12 de diciembre de 2015 en Paris o los compromisos relacionados con el acuerdo internacional que sucederá a éste;
 - g) Las acciones y omisiones de carácter directo (previstos en el art. 9.4(b)) incluyen, sin limitación alguna, emisiones, vertidos, ex-

¹²³ SERRANO TÁRRAGA, M.D.; SERRANO MAÍLLO, A. y VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *op. cit.*, nota 46, p. 153.

tracciones, excavaciones, depósitos o fugas derivados de actividades empresariales, industriales o de toda actividad con fines de lucro, incluso la destrucción de sumideros de carbono como la vegetación fotosintética y turberas;

- h) Las acciones y omisiones de carácter indirecto (previstos en el art. 9.4(a)) incluyen, sin limitación alguna, el fraude (incluso) relativo a valores bursátiles, el tráfico de información privilegiada, la malversación, el blanqueo de dinero, las transferencias o precios manipulados, los delitos a través de internet, el abuso de mercado, el soborno y todo crimen financiero o forma de corrupción. Deben contribuir de manera significativa a la realización o encubrimiento del crimen o a la utilización del producto procedente de él».

El art. 9.1 se basa esencialmente en el delito ecológico del art. 325 CP con algunas modificaciones p.e., ampliando el alcance para incluir omisiones y fugas (teniendo en cuenta el posible uso generalizado futuro de la captura y almacenamiento de carbono). Para mantener el requisito de *mens rea* sencillo y para que el crimen sea efectivo, se adopta el significado de «conocimiento» bajo el art. 30.3 ER, mientras que el requisito de intención, tal como se entiende en el art. 30.2 ER, se omite. Como recordó Higgins, se trata de buscar la prevención de la consecuencia, no ocuparse de las motivaciones o grado de culpabilidad del acusado¹²⁴. Aunque Higgins abogaba por un crimen de ecocidio de responsabilidad objetiva, temiendo que un requisito de conocimiento permitiría a las empresas a alegar ignorancia¹²⁵, las posibilidades que los Estados lo aceptaran son casi nulas y está claro que este riesgo se disminuye en el caso de emisiones de GEI que hoy en día se monitorean con equipamiento sofisticado¹²⁶. El conocimiento de la cantidad aproximada de GEI siendo emitida se puede inferir de todas las circunstancias relevantes, incluyendo evidencia directa y circunstancial¹²⁷. La extensión del crimen a la complicidad, es decir la referencia a la provocación/intervención indirecta en el art. 9.1/9.4(a) está

¹²⁴ HIGGINS, P., *op. cit.*, nota 8, pp. 68-69.

¹²⁵ HIGGINS, P.; SHORT, D. y SOUTH, N., *op. cit.* nota 65, p. 262.

¹²⁶ PEREIRA, R., *op. cit.* nota 67, p. 118, que sostiene que al menos el umbral debería ser la imprudencia para que los Estados estén dispuestos a aceptar un crimen ambiental internacional.

¹²⁷ Esto está conforme con lo preconizado por la Comisión Internacional de Juristas en el contexto de la responsabilidad de los cómplices y lógicamente lo mismo se aplica a la responsabilidad por actos u omisiones de carácter directo porque el alcance de la responsabilidad por ellos es lo mismo.

en sintonía con los arts. 4 y 6.3 de la Directiva 2008/99 y, de conformidad con la práctica común en derecho penal internacional, éste carácter indirecto no debería implicar una menor responsabilidad penal comparado con la del autor de la conducta delictiva directa¹²⁸.

Con respecto al art. 9.1.b (en combinación con el art. 9.4.f), el umbral se centra en los compromisos asumidos bajo el Acuerdo de París para a) vincular el crimen con el acuerdo que ha dado lugar al mayor consenso global en materia de cambio climático, lo que maximiza la aceptabilidad de la disposición. Cabe mencionar que el Acuerdo es una justificación del enfoque antropocéntrico del artículo en la medida en que plantea explícitamente el cambio climático como un problema de la humanidad sin mencionar obligaciones relativas a la naturaleza¹²⁹; b) tomar en cuenta que no hay umbrales o límites nacionales uniformes relacionados con las emisiones de GEI debido al sistema de obligaciones comunes pero diferenciadas. Además, a la luz del funcionamiento de los sistemas de comercio de derechos de emisión ya vistos, es probable que los sistemas futuros, derivados del art. 6 del Acuerdo, permitirían que se superen los límites siempre que se haya previamente obtenido créditos adicionales, de modo que el crimen no se aplique simplemente a todos los casos de empresas que excedan los límites que se les asignaron originalmente.

La superación de estos límites es un umbral mucho más practicable que un daño «extenso» como lo propone la formulación de Higgins, lo cual, según Ruiz, podría requerir una modificación del art. 17.1 ER para requerir una remisión por parte del CPI al «Programa Ambiental de las Naciones Unidas u otra agencia especializada internacionalmente reconocida en la ciencia de la sostenibilidad ambiental, para determinar la gravedad suficiente»¹³⁰ c) respetar los principios de legalidad, seguridad jurídica y *non bis in idem*. Aunque algunos juristas defienden la desvinculación de los delitos internacionales contra el medio ambiente de la normativa medioambiental administrativa, se propone que la necesidad de sobrepasar los límites nacionales de emisiones es un enfoque más factible y conforme a la gravedad de las consecuencias sin pasar por la fase sancionador-administrativa¹³¹.

¹²⁸ International Commission of Jurists, *op. cit.* nota 49, pp. 12 y 17.

¹²⁹ Acuerdo de París, Preámbulo y art. 2.1.

¹³⁰ GARCIA RUIZ, A., *op. cit.* nota. 15, p. 43.

¹³¹ NIETO MARTIN, A., «Bases para un futuro derecho penal internacional del medio ambiente», *Revue internationale de droit penal*, vol. 82 n° 3-4, 2011, pp. 477-505, p. 483.

El art. 9.2 está basado en el art. 31 *bis* y 31 *ter* CP. No se exige una condena previa dado que el crimen podría cometerse por empresas multinacionales cuyos empleados con «conocimiento» de las consecuencias de la conducta podrían vivir en países que no querrían extraditar a sus ciudadanos para ser condenados p.e. el escándalo de Dieselgate y los esfuerzos en vano de los EE.UU de hacer extraditar a los ejecutivos de alto nivel¹³². El enfoque sobre personas con un nivel de responsabilidad es conforme al concepto de «*superior responsibility*» de Higgins mientras que el fundamento teórico de la culpabilidad de la empresa es la culpa corporativa inferida o «*constructive corporate fault*» de Stoitchkova p.e. el defecto de organización¹³³.

El art. 9.3 prevé una circunstancia atenuante para los informantes, derivada de la dificultad, a menudo, de detectar estos crímenes, y de la referencia a una atenuación de culpabilidad en el art. 67.2 ER. En el art. 9.4, cabe mencionar, primero, la exclusión de los órganos estatales cuya responsabilidad ya está regulada en derecho internacional y éste es un factor que aumentará la probabilidad de aprobación del crimen, como se manifestó durante la Conferencia de Roma¹³⁴. Segundo, la condición de una contribución «de manera significativa» en el art. 9.4(h) está conforme tanto al trabajo de la CDI sobre el Proyecto de Código como a la jurisprudencia de los Tribunales Internacionales para la ex-Yugoslavia y Ruanda¹³⁵.

Además, convendría introducir, como nuevo apartado del art. 31 ER actual (Circunstancias eximentes de responsabilidad penal) una circunstancia eximente con respecto a personas jurídicas que es la presencia de procesos internos destinados a evitar la acción u omisión en cuestión (o «*compliance program*» en inglés) p.e. las condiciones recogidas en el art. 31.bis.2 CP y reglas como las Líneas Directrices para Empresas Multinacionales de la OCDE o los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de la ONU. Esto es conforme con el derecho belga e italiano y¹³⁶, como subraya Nieto,

¹³² Véase «U.S. Department of Justice, Volkswagen Senior Manager Sentenced to 84 Months in Prison for Role in Conspiracy to Cheat U.S. Emissions Tests», 6 de diciembre de 2017 [<https://perma.cc/8YCM-PCL6>]; y POLT, J. y CREMER, A., «Senior VW managers warned not to travel to U.S.: sources», Reuters, de 13 de enero de 2017 [<https://perma.cc/MBM7-44VC>].

¹³³ SCHMIDT, T.M., *op. cit.* nota 31, p. 372, nota de pie de página. 12; y PÉREZ ARIAS, J., *Sistema de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Dykinson S.L., pp. 119-175.

¹³⁴ CASASOLA GÓMEZ-AGUADO, A., *op. cit.*, nota 39, pp. 100-102.

¹³⁵ International Commission of Jurists, *op. cit.*, nota 49, p. 18.

¹³⁶ GÓMEZ-JARA DIÉZ, C., «Tomarse la responsabilidad penal de las personas jurídicas en serio: la culpabilidad de las personas jurídicas», *Estudios de Derecho Penal, Homenaje al profesor Miguel Bajo*, Editorial Universitaria Ramon Areces, 2016, pp. 125-146, p. 135.

si el derecho sancionador no reconoce los esfuerzos de las empresas que han sido diligentes, podrían replantearse la asignación de los recursos asignados a su sistema de *compliance*¹³⁷.

Por último, se incluiría obviamente una disposición (o un apartado nuevo en el art. 77 ER actual sobre penas aplicables) sobre las sanciones relativas a las personas jurídicas, similar al art. 33.7 CP. Como argumenta Casasola, lo esencial es estigmatizar a la persona jurídica y que «desde un prisma económico puede verse afectada, como es el caso de que sus acciones no se valoren igual en la Bolsa, o no pueda seguir desarrollándose», evitando así que siga con el comportamiento criminal¹³⁸.

4.2. Bases jurídicas del crimen propuesto

El crimen propuesto, tal y como el ecocidio¹³⁹, podría tener dos bases en el derecho internacional consuetudinario. El primero es el principio de *erga omnes* «no harm» según las decisiones *Trail Smelter / Barcelona Traction* y el Principio 21 de Estocolmo, de modo que el ecocidio es una violación de una obligación que incumbe a todos los Estados. Este principio fue declarado derecho internacional consuetudinario a través de la Resolución 2296 (XXVII) de la AG de la ONU¹⁴⁰. El segundo es un enfoque de derechos humanos mediante el cual el derecho a la

¹³⁷ NIETO MARTÍN, *op. cit.*, nota 131, p. 500. Conviene destacar que hay otros artículos del ER que deberían ser enmendados ligeramente, pero, en vista de la extensión limitada de este artículo, solo se discute de los principales p.e., habría que modificar los arts. 25.1 (Responsabilidad penal individual), 33.2 (Órdenes superiores y disposiciones legales); 36 (Condiciones que han de reunir los magistrados), 42 (La Fiscalía) y 43 (La Secretaría) para dejar claro, respetivamente, que la Corte tiene competencia respecto de personas jurídicas; que las órdenes de cometer ACC son manifiestamente ilícitas; y que uno de los ámbitos de competencia de los magistrados, Fiscalía y Secretaría debe ser el derecho ambiental internacional y/o delitos ambientales.

¹³⁸ CASASOLA GÓMEZ-AGUADO, A., *op. cit.*, nota 39, p. 101.

¹³⁹ GRAY, M.A., *op. cit.* nota 14.

¹⁴⁰ Documento A/8730, G.A. Res. 2996, International Responsibility of States in regard to the environment, U.N. GAOR, 27th Sess., Supp. n° 30, pp. 42-43, 1972, refiriendo al Principio 21 de la Declaración de Estocolmo. El Preamble del UNFCCC también menciona el principio. SANDS, P., *Principles of International Environmental Law*, 4ª ed., Cambridge University Press, 2018, pp. 206-210, dice que no hay duda de que el principio de «no harm» forma parte del derecho internacional consuetudinario mientras que Kotzé opina que las condiciones están propicias para que el principio de «no harm» sea *jus cogens*, véase KOTZE, L.J., «In Search of a Right to a Healthy Environment in International Law – Jus Cogens Norms», en KNOX, J.H. y PEJAN, R., *The Human Right to a Healthy Environment*, Cambridge University Press, 2018, pp. 136-154.

vida, como *jus cogens*, está evolucionando para incluir el derecho a la vida en un ambiente sano y habitable, de modo que el crimen de ACC sea una violación de un derecho *erga omnes* a dicho ambiente¹⁴¹. El punto esencial es que el cambio climático socava muchos derechos humanos reconocidos a nivel internacional y esto fortalece la creación del crimen propuesto.

Si bien es evidente que el enfoque antropocéntrico del derecho ambiental no excluye el reconocimiento del derecho al ambiente¹⁴², cabe destacar que tampoco hace falta una base de derechos humanos para que se establezca un crimen como la ACC¹⁴³. De hecho, se podría argumentar que el crimen de ACC es necesario en gran parte precisamente porque no existe un derecho humano universal a un ambiente sano. Si existiera, sería posible que los ciudadanos se ampararan en su derecho en los tribunales nacionales para detener parte del daño¹⁴⁴.

Al mismo tiempo, no debe subestimarse el potencial del dilema del cambio climático para provocar una evolución en el área de los derechos humanos. Con su fundamento jurídico y filosófico basado en el Principio 1 de la Declaración de Estocolmo, el debate sobre el derecho a un ambiente sano, o su equivalente, ha sido continuo desde los años setenta, aunque sin tener un gran protagonismo¹⁴⁵. Como nos recuerda Marc Limon, fue la preocupación por el cambio climático lo que en última instancia catalizó la acción sobre los derechos ambientales dentro de la ONU y llevó al mandato de un Relator Especial sobre derechos humanos y medio ambiente¹⁴⁶. El 9 de diciembre de 2019, la Comisión de Derechos Humanos de las Filipinas anunció que podría haber responsabilidad legal, incluso penal, de los mayores emisores de carbono por violación de los derechos humanos de ciudadanos filipinos¹⁴⁷. Como tal, el área de los derechos humanos merece ser examinada como una base legal teó-

¹⁴¹ GRAY, M.A., *op. cit.* nota 14, pp. 239-257. El geocidio de BERAT, L., *op. cit.* nota 14, pp. 342-344, se basó en una violación del derecho humano a un medio ambiente sano, tal como se reconoce en el derecho internacional consuetudinario.

¹⁴² ARBOUR, J.-M. *et al.*, *Droit International de l'Environnement*, 3ª ed., vol. 1, Anthemis, 2016, p. 208.

¹⁴³ GRAY, M.A., *op. cit.* nota 14, p. 224, refiriendo al ecocidio pero la opinión es válida también para el crimen propuesto dado su alcance más limitado.

¹⁴⁴ ARBOUR, J.-M. *et al.*, *op. cit.* nota 142, p. 244.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 187.

¹⁴⁶ LIMON, M., «The Politics of Human Rights, the Environment, and Climate Change at the Human Rights Council: Toward a Universal Human Right to a Healthy Environment», en KNOX, J.H. y PEJAN, R., *op. cit.* nota, 140, pp. 189-214.

¹⁴⁷ KAMINSKI, I., Carbon Majors Can be Held Liable for Human Rights Violations, Philippine Commission Rules, 9 de diciembre de 2019, *Climate Liability News*, disponible en: <https://www.climateliabilitynews.org/2019/12/09/philippines-human-rights-climate-change-2/>.

rica creíble y sólida para el crimen propuesto, más aún dadas las referencias históricas en el Acuerdo de París, aunque en el Preámbulo, a la necesidad de que las Partes consideren sus respectivas obligaciones en materia de derechos humanos al tomar medidas para abordar el cambio climático (que es relevante tanto a la acción climática como a la justicia climática)¹⁴⁸.

A nivel internacional, las dos únicas disposiciones de los acuerdos internacionales que se acercan a reconocer un derecho a un entorno de cierta calidad son los arts. 4 y 7.4 del Convenio sobre los pueblos indígenas y tribales en los países independientes de 1989 y el art. 24.2.c de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989¹⁴⁹. Obligan al Estado a proteger el medio ambiente de estos pueblos, y a tomar en cuenta los peligros al medio ambiente para que el niño disfrute del mejor estado de salud posible (aunque no existe procedimiento de demanda individual en este respecto), respectivamente. Cabe notar que la Convención de Aarhus reconoce que «todos tienen derecho de vivir en un ambiente que asegura su salud y bienestar» pero solo en su preámbulo.

Sin embargo, los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos de la ONU reconocen el vínculo intrínseco entre el medio ambiente y la realización de una serie de derechos humanos, como el derecho a la vida, a la salud, a la alimentación, al agua y a la vivienda¹⁵⁰. Incluso resoluciones de la Comisión de los Derechos Humanos de la ONU han reconocido el derecho al ambiente¹⁵¹. Asimismo, el Pacto Mundial por el Medio Ambiente es una iniciativa para crear un instrumento internacional legalmente vinculante bajo la ONU que unifique los principios existentes del derecho ambiental internacional y cree un derecho humano universal a un medio ambiente limpio y saludable¹⁵². Ha sido reconocido e indirectamente respaldado por la Asamblea General¹⁵³.

Los acuerdos regionales de derechos humanos contienen disposiciones más concretas. El art. 24 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los

¹⁴⁸ ATAPATTU, S., «The Right to a Healthy Environment and Climate Change: Mismatch or Harmony?», en KNOX, J.H. y PEJAN, R., *op. cit.* nota, 140, pp. 252-268, p. 258.

¹⁴⁹ ARBOUR, J.-M. *et al.*, *op. cit.* nota 142, p. 191.

¹⁵⁰ Documento A / HRC / 10/61, Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la relación entre el cambio climático y los derechos humanos, 2009, p. 18.

¹⁵¹ ARBOUR, J.-M. *et al.*, *op. cit.* nota 142, pp. 196-198, en particular nota 63.

¹⁵² Programa de la ONU para el Medio Ambiente, «Towards a Global Pact for the Environment», disponible en: <https://globalpact.informea.org>.

¹⁵³ Documento A/RES/72/277UN, Resolución de la AG 72/277, «Towards a Global Pact for the Environment», 10 de mayo de 2018.

Pueblos de 1981 reza que «los pueblos tienen derecho a un entorno satisfactorio e integral propicio para su desarrollo». El art. 11 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1988 (Protocolo de San Salvador), contiene un derecho a un ambiente salubre, aunque un individuo no se puede amparar en este derecho ante la Comisión o Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁵⁴.

La misma divergencia internacional versus regional existe en términos de jurisprudencia de derechos humanos. Internacionalmente, no ha habido mucho progreso y la declaración más innovadora se hizo en la opinión disidente del juez Dugard en *Costa Rica v Nicaragua*, donde opinó «la obligación de no participar en la deforestación injusta que resulta en la liberación de carbono a la atmósfera y la pérdida de los servicios de secuestro de gas es sin duda una obligación *erga omnes*»¹⁵⁵.

Por el contrario, los tribunales regionales de derechos humanos han sido más pioneros a la hora de buscar vínculos de derechos humanos con el medio ambiente, e incluso específicamente el clima. La Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoció específicamente el derecho a un medio ambiente saludable como un derecho humano autónomo y el efecto adverso del cambio climático en los derechos humanos, basado en el Protocolo de San Salvador¹⁵⁶. La opinión enfatizó la interdependencia e indivisibilidad entre los derechos humanos, el medio ambiente y el desarrollo sostenible, ya que el pleno disfrute de todos los derechos humanos depende de un ambiente favorable¹⁵⁷. A su vez, la Corte Europea de Derechos Humanos (CrEDH) ha creado un derecho fundamental al medio ambiente sano «de facto» aunque no está previsto en el articulado de la Convención Europea de Derechos del Hombre¹⁵⁸.

¹⁵⁴ ARBOUR, J-M. *et al.*, *op. cit.* nota 142, pp. 193 y 243.

¹⁵⁵ *Certain Activities Carried out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicar.)*, compensation owed by the Republic of Nicaragua to the Republic of Costa Rica, Lista General núm. 150, párr. 42 (CIJ, 2 de febrero de 2018), opinión disidente del Juez Ad Hoc Dugard.

¹⁵⁶ Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal – interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A n° 23.

¹⁵⁷ Véase también GRAY, M.A., *op. cit.*, nota 14, p. 223-224 and 257.

¹⁵⁸ Véase NOGUERA, V., *op. cit.*, nota 66. Véase NADAUD, S. y MARGUENAUD, J-P, *Chronique des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme (2017-2018)*, *Revue Juridique de l'Environnement*, vol. 44 n° 1, 2019, pp. 145-160, p. 153, donde los catedráticos, refiriendo a

Al nivel nacional, más de 90 constituciones en el mundo acuerdan un derecho a disfrutar de un medio ambiente saludable, limpio o el equivalente¹⁵⁹. Sin embargo, los demandantes que tratan de invocar las disposiciones constitucionales sobre la protección del medio ambiente pueden enfrentar obstáculos importantes, sobre todo la justiciabilidad, *locus standi*, y la separación de poderes¹⁶⁰, lo que subraya la necesidad del crimen de ACC. Así que hay bases para este crimen, en mayor o menor grado, a nivel internacional, regional y nacional.

5. CONCLUSIÓN

Si un sistema no funciona, debe cambiarse. El sistema actual de penalización nacional de delitos ambientales no ha funcionado para detener la degradación ambiental continua. La única respuesta internacional se limita a contextos distintos, como el CITES o los conflictos armados, dejando de lado las emisiones de GEI, la amenaza medioambiental singular más apremiante. Incluso la UE, una luz brillante en la protección del medio ambiente, no aborda las emisiones de GEI con la severidad requerida, la Directiva 2003/87/CE sobre emisiones de GEI sanciona solo financieramente las emisiones que exceden la cantidad permitida. Una respuesta de derecho penal se justifica debido a su impacto y el ER es el mejor marco actual disponible sin correr el riesgo de una mayor fragmentación del derecho internacional relevante. Debemos aprender de los intentos pasados de crear un crimen ambiental internacional y formular y aplicar un nuevo ahora antes de que sea demasiado tarde, potencialmente en una década. Es posible enjuiciar penalmente a personas físicas y jurídicas, pero las sequías, inundaciones y conflictos que traerá el cambio climático son mucho más difíciles.

la sentencia *Jugbeli y Cuenca Zarzoso*, entre otras, comentan que la CrEDH «sin lugar a dudas continúa construyendo su jurisprudencia a favor de la garantía concreta y efectiva del derecho humano a vivir en un ambiente sano y tranquilo».

¹⁵⁹ BOYD, D.R., *The Environmental Rights Revolution: A Global Study of Constitutions, Human Rights, and the Environment*, UBC Press, 2012, p. 59.

¹⁶⁰ SHELTON, D., «Complexities and Uncertainties in Matters of Human Rights and the Environment: Identifying the Judicial Role», en KNOX, J.H. y PEJAN, R., *op. cit.* nota, 140, pp. 97-121.